

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

LEONEL MORAES BARROS

**A INTERAÇÃO ENTRE *ENFORCEMENT* PÚBLICO E PRIVADO NO DIREITO
CONCORRENCIAL BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2021

LEONEL MORAES BARROS

**A INTERAÇÃO ENTRE *ENFORCEMENT* PÚBLICO E PRIVADO NO DIREITO
CONCORRENCIAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada pelo aluno Leonel Moraes Barros ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, dentro da linha de pesquisa “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito” e da Área de Estudo “P-07 Direito Econômico e Desenvolvimento” como um dos requisitos para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

B277i Barros, Leonel Moraes
A interação entre *enforcement* público e privado no direito concorrencial brasileiro [manuscrito] / Leonel Moraes Barros. - 2021.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito econômico - Teses. 2. Concorrência - Brasil - Teses. 3. Direito antitruste - Teses. I. Lara, Fabiano Teodoro de Rezende. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.776(81)

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. LEONEL MORAES BARROS

Aos vinte dias do mês de agosto de 2021, às 09h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Marcelo Andrade Feres (UFMG) e Prof. Dr. Ricardo Machado Ruiz (UFMG), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do **Bel. LEONEL MORAES BARROS**, matrícula nº **2019652107**, intitulada: "**A INTERAÇÃO ENTRE ENFORCEMENT PÚBLICO E PRIVADO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO**". Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a nota **98 (noventa e oito)** e conceito **aprovado** atribuídos pela Banca:

Nota: 98,0 (noventa e oito) Conceito: APROVADO

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara (orientador do candidato/UFMG)

MARCELO ANDRADE FERES  Assinado de forma digital por MARCELO ANDRADE FERES
Dados: 2021.08.20 19:29:00 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Andrade Feres (UFMG)


Prof. Dr. Ricardo Machado Ruiz (UFMG)



- CIENTE: Leonel Moraes Barros (Mestrando)

RESUMO

Este estudo investiga a interação entre as medidas públicas e privadas no direito concorrencial brasileiro sob a ótica da análise econômica do direito (AED). A partir daí, buscou-se (i) entender o que são o *public* e o *private enforcement* no contexto atual de estímulo ao ajuizamento e ações judiciais reparatórias; (ii) os métodos de quantificação de danos decorrentes de condutas lesivas à ordem econômica; (iii) as funções que as medidas públicas e privadas exercem na política de defesa da concorrência, especialmente quanto à dissuasão e à compensação dos lesados por condutas lesivas à ordem econômica; (iv) e a possível existência de tensão entre ambas as medidas. Nesse sentido, notou-se que a possibilidade do uso de documentação obtida a partir do *public enforcement* pelas vítimas de condutas anticoncorrenciais pode gerar desequilíbrios na política de defesa da concorrência, especialmente um impacto no uso do acordo de leniência como instrumento ao papel repressivo da autoridade de defesa da concorrência. A partir da investigação do direito estrangeiro, notou-se que as principais soluções utilizadas para sanar a aludida tensão consistem na limitação da responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência e na atribuição de confidencialidade às provas obtidas no acordo de leniência. A partir da aplicação da teoria dos jogos, observou-se que o compartilhamento de provas obtidas pela autoridade da concorrência para estimular o *private enforcement* poderia aumentar a dissuasão de práticas ilícitas por potenciais infratores se a autoridade possuir meios de detecção de práticas colusivas. Entretanto, se a autoridade tiver baixa capacidade de identificar e punir cartéis, o compartilhamento de provas desestimularia a celebração do acordo de leniência. No entanto, se o sistema normativo prever o compartilhamento de provas e a responsabilidade subsidiária do beneficiário do acordo de leniência, a dissuasão do conluio ocorreria se a capacidade de detecção do cartel não for nula.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. *Enforcement* Público. *Enforcement* Privado. Acordo de Leniência. Ação de Ressarcimento.

ABSTRACT

This master's thesis investigates the interaction between public and private enforcement in Brazilian Competition Law from the economic analysis of law. So, it seeks: (i) to understand what are public and private enforcement in the current context of stimulating the filing of actions for damages; (ii) the methods of quantification of damages; (iii) the public and private enforcement functions in the antitrust policy, especially regarding the deterrence and compensation of damage; (iv) and the possible existence of tension between both. In this sense, it noted that the possibility of using documentation obtained from public enforcement by the victims of anticompetitive conduct may generate imbalances in the antitrust policy, especially an impact on the use of leniency agreement as an instrument to the repressive role of the antitrust authority. Based on the investigation of other jurisdictions, it noted that the main solutions used to solve the abovementioned tension consist in limiting the leniency recipient's tort law and in attributing confidentiality to the evidence obtained in the leniency agreement. By application of game theory, it observed that the disclosure of evidence obtained by the competition authority to stimulate private enforcement could increase the deterrence of illegal practices by potential violators if the authority has the means to detect collusive practices. However, if the authority has a low skill to identify and punish cartels, evidence disclosure would discourage the leniency program. However, if the legal system provided for disclosure evidence and the subsidiary leniency recipient's tort law, the deterrence of collusion would occur if the ability to detect the cartel is not null.

Keywords: Competition Law. Public Enforcement. Private Enforcement. Leniency Program. Private Actions for Damages.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACCC – Australian Competition and Consumer Commission

ARDC – Ação de Reparação de Danos Concorrenciais

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAT – Competition Appeal Tribunal

CRA – Consumer Rights Act

DOJ – Departamento de Justiça

FOIA – Freedom of Information Act

GVH - Gazdasági Versenyhivatal

ICN – International Competition Network

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

RICADE – Regimento Interno do CADE

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SEPRAC – Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência

TCC – Termo de Compromisso de Cessação

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Danos decorrentes de um ilícito concorrencial

Figura 2: Gráfico preço x quantidade em um monopólio

Figura 3: Exemplo de comparação de médias método *yardstick*

Figura 4: Exemplo de interpolação para determinar o contrafactual

Figura 5: Alocação do *enforcement* público e privado

Figura 6: Alocação do *enforcement* privado em produto com demanda inelástica

Figura 7: Alocação do *enforcement* público e privado em produto com demanda elástica

Figura 8: Árvore base do jogo

Figura 9: Efeitos da conduta anticoncorrencial na curva da demanda

Figura 10: Árvore completa do jogo do modelo nº 1

Figura 11: Indução reversa – modelo nº 1

Figura 12: Árvore completa do jogo do modelo nº 2

Figura 13: Indução reversa – modelo nº 2 - {(carteliza, solicita leniência; carteliza, solicita leniência)}

Figura 14: Árvore completa do jogo do modelo nº 3

Figura 15: Indução reversa – modelo nº 3 - {(carteliza, solicita leniência; carteliza, solicita leniência)}

Figura 16: Árvore completa do jogo do modelo nº 4

Figura 17: Indução reversa – modelo nº 4

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Exemplo de aplicação do método *yardstick*

Tabela 2: Exemplo de aplicação do método de séries cronológicas

Tabela 3: Exemplo do método diferença-em-diferenças

Tabela 4: Recompensas dos jogadores (elasticidade-preço da demanda de -0,2)

Tabela 5: Recompensa dos jogadores no modelo nº 1

Tabela 6: Forma estratégica do subjogo nº 1

Tabela 7: Recompensa dos jogadores no modelo nº 2

Tabela 8: Forma estratégica do subjogo nº 2

Tabela 9: Resumo dos equilíbrios do modelo nº 2

Tabela 10: Recompensa dos jogadores no modelo nº 3

Tabela 11: Forma estratégica do subjogo nº 3

Tabela 12: Resumo dos equilíbrios do modelo nº 3

Tabela 13: Recompensa dos jogadores no modelo nº 4

Tabela 14: Forma estratégica do subjogo nº 4

Tabela 15: Cenários da política antitruste de acordo com os equilíbrios de *Nash* dos modelos legislativos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A LEI Nº 12.529/2011 E A DISCUSSÃO DE REGRAS PARA PROMOÇÃO DO <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i>	18
1.1. A responsabilidade civil do beneficiário do programa de leniência.....	19
1.1.1. O Projeto de Lei nº 283/2016	20
1.1.2. Proposta do CADE no processo nº 08700.007941/2016-64	26
1.2. O acesso à prova obtida pelo programa de leniência	28
1.2.1. A Resolução nº 21/2018	29
2. <i>PUBLIC ENFORCEMENT</i>	34
2.1. Multa aplicável no processo administrativo	39
2.2. Acordo de Leniência	46
3. <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i>	51
3.1. Dano resultado de um ilícito antitruste	55
3.2. Quantificação dos danos	61
3.2.1. Método comparativo	62
3.2.1.1. Método <i>yardstick</i>	63
3.2.1.2. Método de séries cronológicas	65
3.2.1.3. Método diferença-em-diferença	68
3.2.2. Método baseado na estrutura de mercado	68
3.3. Ação Coletiva	71
4. INTERAÇÃO ENTRE ENFORCEMENT PÚBLICO E PRIVADO	74
4.1. <i>Enforcement</i> público e privado e os objetivos da política antitruste	79
4.2. Reparação civil, multa e condição econômica do infrator	81
5. TENSÃO ENTRE ENFORCEMENT PÚBLICO E PRIVADO	86

5.1. Experiência Estrangeira para o equilíbrio entre o acordo de leniência e as ações civis de reparação de danos concorrenciais	87
5.1.1. Estados Unidos	87
5.1.2. Comissão Europeia	93
5.1.3. Canadá	106
5.1.4. Reino Unido	114
5.1.5. Hungria	121
5.1.6. Austrália	125
6. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS	131
6.1. Descrição do jogo	132
6.1.1. Modelo nº 1 – Indenização correspondente ao valor do dano, provas sigilosas e responsabilidade solidária	137
6.1.2. Modelo nº 2 – <i>Double damages</i> , provas acessíveis e responsabilidade solidária	140
6.1.3. Modelo nº 3 – Indenização simples, provas acessíveis e responsabilidade solidária	143
6.1.4. Modelo nº 4 – <i>Double Damages</i> , provas acessíveis e responsabilidade subsidiária	146
6.1.5. Comparação dos equilíbrios dos modelos nº 1 a 4	149
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	158

INTRODUÇÃO

No decorrer do desenvolvimento histórico do direito concorrencial brasileiro, percebe-se a atuação preponderante da autoridade da concorrência estatal, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), centrada especialmente na função de dissuadir e reprimir infrações contra a ordem econômica. Por outro lado, nota-se uma tímida tradição no uso de mecanismos judiciais de reparação dos prejudicados por infrações à ordem econômica. Isso quer dizer que predomina a aplicação, pelas autoridades, de mecanismos públicos eminentemente dissuasórios e repressivos, ao passo que medidas que visam o ressarcimento dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais ainda são incipientes, o que ressalta a lacuna na política antitruste brasileira.

Nos últimos anos, tem crescido a discussão sobre o emprego de estímulos de ações de reparação de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais no Brasil e em outros países. Com isso, uma série de proposições normativas foram utilizadas para endereçar soluções ao histórico brasileiro de baixo emprego de ações civis de reparação.

Nesse contexto, no ordenamento jurídico nacional foi editada a Resolução nº 21/2018 do CADE, que regulamenta o sigilo e o compartilhamento de provas e informações contidas nos processos administrativos para imposição de sanções à ordem econômica, incluindo aqueles obtidos através da celebração de acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação (TCC), a fim de aprimorar o desenvolvimento das ações privadas de reparação.

Ademais, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 283/2016, que dispõe sobre:

a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência (BRASIL, 2016).

Além disso, em 2016, o CADE, nos autos nº 08700.007941/2016-64, promoveu um estudo conhecido como “*Articulação entre as persecuções públicas e privadas a condutas anticompetitivas: Estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares,*

legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil.” Em suma, ele trouxe uma recomendação de regulação da disponibilidade de provas documentais obtidas pelo programa de leniência e TCCs e propôs uma remodelagem da responsabilização civil dos infratores à ordem econômica.

No entanto, em que pese o baixo uso de ações judiciais por parte dos prejudicados por danos oriundos de ilícitos contra a ordem econômica, quando se pouco utilizou-se desse instrumento, ficou claro o desalinhamento das normas brasileiras de conciliação dos interesses dos prejudicados pela reparação e o dever da autoridade brasileira em reprimir tais condutas.

Em relação a isso, tal desalinhamento de normas fica nítido quando se observa o acordo de leniência e o seu reflexo sobre a efetividade do processo administrativo sancionador e sobre as ações intentadas no Poder Judiciário. No âmbito da atuação pública, o acordo de leniência prevê a extinção da punibilidade administrativa e penal do beneficiário do acordo, enquanto as provas nele obtidas potencializam a repressão da conduta e a aplicação da pena aos demais coinfratores. Lado outro, não há nenhuma regra na atual legislação brasileira que trate sobre os efeitos civis do acordo de leniência, especialmente sobre o dever de indenização e da responsabilidade civil de seu signatário.

Assim, é possível que prejudicados por condutas concertadas deletérias à ordem econômica recorram ao Poder Judiciário a fim de ter acesso a documentos obtidos no programa de leniência com o intuito de usá-los em ação de reparação civil, inclusive contra o próprio beneficiário do acordo.

Nesse contexto, destacam-se dois episódios que ocorreram nos casos conhecidos como cartel dos metrô e cartel internacional dos compressores. Em ambos os casos, houve discussão em processo judicial sobre a confidencialidade das provas obtidas por meio do acordo de leniência e seu potencial uso nas ações de reparação civil pelas vítimas.

O caso do cartel dos metrô, processado e julgado no CADE sob o número 08700.004617/2013-41, trata de cartel em licitação para aquisição e manutenção de trens e metrô no Distrito Federal e em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. A conduta foi denunciada pela Siemens (Siemens Ltda. e Siemens AG) por meio de celebração de acordo de leniência e julgada em 2019, quando resultou na aplicação de multa superior a R\$ 500 milhões aos infratores. O CADE ajuizou a ação de busca e apreensão autuada com número 0004196-

28.2013.4.03.6114 e processado na 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP, cujo juízo determinou o acesso de documentos obtidos na operação aos interessados, inclusive aqueles relacionados ao acordo de leniência. O CADE recorreu da decisão, que foi reformada para estender o sigilo dos documentos que instruíram o pedido de busca e apreensão:

É necessária a preservação do sigilo dos documentos que instruíram a inicial para o resguardo das atividades de apuração de responsabilidades na esfera administrativa que estão sendo desenvolvidas a partir de Acordo de Leniência, não havendo que se falar em qualquer violação da intimidade dos interessados, eis que as diligências e os documentos apreendidos devem submeter-se ao sigilo necessário à preservação do interesse público, não se mostrando evidente qualquer dano aos direitos e garantias da ré ou de seus sócios.

Apelação do CADE provida e apelação da ré parcialmente provida, para estender o sigilo aos documentos apresentados pelo CADE com a inicial, sem que tal medida implique no sigilo quanto à tramitação deste feito (BRASIL, 2014a).

Já o caso do cartel internacional dos compressores, processado e julgado no CADE sob o número 08012.000820/2009-11, trata de cartel no mercado de compressores herméticos para refrigeração, com efeito no território brasileiro pelo menos entre 1996 e 2008. A colusão foi denunciada pela Tecumseh (Tecumseh do Brasil Ltda. e diversas subsidiárias) por meio de acordo de leniência e julgada em 2016, quando resultou no recolhimento de mais de R\$ 100 milhões em multa e contribuições pecuniárias.

Ciente do ilícito, a Electrolux do Brasil S/A ajuizou a ação indenizatória contra Whiplow S.A. e Brasmotor S.A.¹ Segundo o que se depreende do Recurso Especial nº 1.554.986/SP, durante a instrução o processo, o juízo de primeiro grau negou o pedido de expedição de ofício para o CADE e SDE, pois suas provas “*dizem respeito à tutela geral da concorrência, defendendo a livre concorrência como direito difuso, ao contrário do interesse privado dos autos*” (BRASIL, 2016c). A autora interpôs agravo de instrumento, parcialmente provido para determinar a expedição de ofícios ao CADE e SDE para apresentarem nos autos da ação de reparação de danos os documentos obtidos por meio de transação com os coinfratores. No julgamento do supracitado recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o sigilo acordo de leniência não deve se estender indefinidamente, encerrando-se com a apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Tribunal do CADE:

¹ Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, tramitado em segredo de justiça na 33ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP.

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. (...)

Suplantando essa ratio para o procedimento administrativo do CADE, tem-se que a conclusão da instrução preliminar do processo administrativo é marcada pelo envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. Nesse relatório, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se acerca da existência de ato anticoncorrencial, bem como do acordo de leniência, do cumprimento das obrigações pelo proponente e da importância e efetividade de sua cooperação, nos termos do Regimento Interno do Cade (art. 156, §§ 1º e 2º). (...)

E mais, trata-se do limite a partir do qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade (BRASIL, 2016c).

Em outras palavras, a judicialização dos casos do cartel internacional dos compressores e do cartel dos metrô deixou clara a existência de tensão entre o papel repressivo da autoridade de defesa da concorrência e o direito de reparação dos prejudicados. Assim, é provável a existência de conflito entre reparação civil e acordo de leniência com as normas vigentes atualmente, pois eventual condenação dos infratores na esfera civil pode prejudicar a celebração de acordos de leniência futuros, o que comprometeria a própria atuação repressiva da autoridade antitruste.

Por outro lado, o prosseguimento de ações civis a partir da detecção de infrações pela autoridade da concorrência tenha um efeito positivo. Com isso, é possível que a combinação de sanções civis e administrativas diminua o prêmio obtido por práticas prejudiciais à ordem econômica, o que resultaria no aumento da dissuasão de condutas ilícitas. Nesse contexto, a indenização civil pode ter um papel relevante no desestímulo à prática da infração. Dessa forma, a atuação complementar das ações reparatórias pode potencializar a efetividade da política antitruste.

Para a referência a quaisquer medidas aplicadas ou adotadas por agentes públicos ou privados com vista a compelir eventuais infratores a estarem em conformidade com a legislação ou a incorrerem nas consequências legais cabíveis de suas condutas, este trabalho tomará como base a noção de *enforcement* presente na língua inglesa, especialmente diante da dificuldade de se encontrar uma tradução precisa para a língua portuguesa. A ideia de *enforcement* adotada neste trabalho se aproxima de quaisquer medidas que visam a eficácia normativa.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como fim investigar a interação entre o *enforcement* público e o privado no âmbito do direito concorrencial brasileiro, especialmente nas condutas concertadas, como é o caso do cartel. Em outras palavras, pretende-se avaliar as tensões e as convergências entre os instrumentos estatais de persecução e repressão de infrações contra a ordem econômica e os instrumentos privados de reparação civil do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

O tema-problema deste trabalho pode ser assim identificado: a atual estruturação normativa das medidas públicas e privadas do direito da concorrência brasileiro resulta no conflito ou na convergência entre ambos? No caso de conflito, quais normas poderiam ser adotadas para que haja a conciliação entre os objetivos de dissuasão de condutas ilícitas e a reparação do dano eventualmente sofrido pelos lesados?

A partir de tais questões, cabe investigar a necessidade de se possuir no ordenamento jurídico pátrio normas que estimulam o papel repressivo da autoridade antitruste, bem como aquelas que potencializam os meios para a reparação patrimonial dos prejudicados por práticas ilícitas colusivas. Com isso, balancear e conciliar instrumentos medidas públicas, como o acordo de leniência, com os esforços particulares complementares à atuação do CADE é relevante para a efetividade de uma política de defesa da ordem econômica.

Este trabalho adota a hipótese de que (i) o desenho normativo atual coloca em conflito as medidas públicas e privadas e (ii) o compartilhamento de provas obtidas pela autoridade da concorrência, a subsidiariedade da responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência e a indenização punitiva (como o *double damages*, por exemplo) sobre os demais coinfratores poderiam ser utilizados para conciliar a função dissuasória e reparatória da política antitruste.

Diante disso, a pesquisa tem como objetivo analisar os elementos da legislação brasileira em vigor, bem como as propostas de alteração legal e de regulamentação recém-debatidas sobre a matéria e, eventualmente, propor uma reforma a tais projetos para que o melhor conjunto de regras seja adotado.

Para tanto, adotou-se como passos metodológicos para a investigação: (i) averiguar os pontos de tensão e de concordância entre o *public* e o *private enforcement* no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente entre o acordo de leniência e as ações de reparação civil por ilícito anticoncorrencial; (ii) investigar a experiência estrangeira de balanceamento entre programa de leniência e estímulo de ações de reparação civil por ilícitos concorrenciais; (iii)

avaliar o papel da responsabilidade civil no incremento da dissuasão do infrator; (iv) analisar a limitação ou a extinção da responsabilidade civil do beneficiário do acordo de leniência como forma de equilíbrio entre programa de leniência e ações de reparação civil por ilícito antitruste, com atenção ao Projeto de Lei nº 283/2016; (v) avaliar a limitação ao acesso de provas obtidas no programa de leniência aos prejudicados de condutas colusivas anticoncorrenciais como forma de equilíbrio entre acordo de leniência e ações de reparação civil por ilícito antitruste, com atenção à Resolução nº 21/2018 do CADE; e (vi) propor uma mudança legislativa de acordo com as conclusões do estudo.

Ademais, destacam-se as fontes bibliográficas e documentais. A pesquisa bibliográfica corresponde ao uso de livros, artigos científicos, teses e dissertações que de alguma forma abordem os institutos do acordo de leniência e as ações de reparação civil por ilícito concorrencial. Já a pesquisa documental corresponde à análise de guias das autoridades da concorrência e estudos de entidades e organizações internacionais.

A pesquisa utilizará como método a análise jurídico-econômica para abordar a interação entre as supracitadas medidas públicas e privadas para a efetividade do SBDC. Nesse contexto, o *public* e o *private enforcement*, enquanto institutos jurídicos, podem ser examinados a partir de elementos econômicos tendo em vista a forma de sua operação, suas consequências e os efeitos buscados pelo legislador. Assim, eventuais defeitos ou desequilíbrios entre os institutos podem ser identificados e corrigidos a partir das estruturas de incentivos.

O trabalho se divide em seis capítulos. O primeiro deles tratará das disposições da Lei nº 12/529/2011 relacionadas ao *private enforcement*, especialmente sobre sigilo de informações obtidas pela autoridade no acordo de leniência e sobre a responsabilidade civil dos infratores, bem como as propostas de regulamentação. O segundo se refere à avaliação do *public enforcement*, com destaque para o acordo de leniência e para a aplicação da multa através do processo administrativo para aplicação de sanções à ordem econômica. O terceiro capítulo abordará o *private enforcement*, com enfoque nas ações reparatórias, nas funções da responsabilidade civil e os danos produzidos por cartel. O quarto, por sua vez, analisará a interação entre ambos e o quinto capítulo abordará a tensão entre o *public* e *private enforcement* e a experiência estrangeira na resolução desse conflito de normas. E, finalmente, o sexto compreenderá a análise econômica das normas vigentes, das trazidas pelo Projeto de Lei nº 283/2016 e pela Resolução nº 21/2018 do CADE por meio da aplicação da teoria dos jogos. Enquanto método, a teoria dos jogos será a ferramenta última de análise por meio da qual se

investigará o sistema de incentivos e estratégias de infratores e vítimas de condutas deletérias à ordem econômica em diversos modelos normativos e seus impactos em uma política de defesa da concorrência.

1. A LEI Nº 12.529/2011 E A DISCUSSÃO DE REGRAS PARA PROMOÇÃO DO PRIVATE ENFORCEMENT

Como se verá adiante, em outros ordenamentos jurídicos, a discussão de alteração normativa para promoção das ações de reparação de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais sem desconsiderar o papel repressivo da autoridade de defesa da concorrência contempla dois tipos de alterações nas regras que regem a política de defesa da concorrência. A primeira delas é prever benefícios nas regras de responsabilidade civil para o signatário do acordo de leniência. A segunda é regulamentar a confidencialidade das provas obtidas pelas autoridades de defesa da concorrência, inclusive aquelas resultantes da celebração de acordos de leniência. No Brasil a discussão caminha no mesmo sentido.

A Lei nº 12.529/2011 confere imunidade administrativa e penal ao beneficiário do acordo de leniência, mas não faz qualquer diferenciação da responsabilidade civil entre os coinfratores de um cartel. Dessa forma, quem celebra um acordo de leniência é responsável solidário com os demais infratores pelos danos da prática colusiva.

Na prática, a Lei nº 12.529/2011 é bem sucinta quando trata do direito de ação dos prejudicados por infrações contra a ordem econômica. A única disposição que disciplina o tema é o art. 47, que trata do direito de ingresso em juízo dos lesados para obterem a cessação das condutas e a indenização pelos danos sofridos:

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.

Em relação à confidencialidade das provas obtidas pela autoridade de defesa da concorrência no curso da investigação, a Lei nº 12.529/2011, por meio dos art. 48 e 49 combinados, confere tratamento sigiloso aos documentos utilizados nos inquéritos e processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica:

Art. 48: Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:
I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Art. 49: O Tribunal e a Superintendência-Geral assegurarão nos procedimentos previstos nos incisos II, III, IV e VI do caput do art. 48 desta Lei o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade.

Cumprir destacar que, apesar da supracitada regra geral de sigilo de informação, a Resolução nº 21/2018 e o RICADE disciplinam o compartilhamento de evidências em posse da autoridade.

Com o intuito de aumentar o prêmio do colaborador que optar pela transação, algumas propostas no Brasil e no exterior surgiram para discutir a atenuação da responsabilidade civil do beneficiário do acordo de leniência e conferir certo grau de acesso às provas obtidas nas investigações a fim de preservar o direito de reparação dos prejudicados e evitar qualquer prejuízo ao *enforcement* público em relação ao privado.

1.1. A responsabilidade civil do beneficiário do programa de leniência

Como se mostrará adiante, em outros ordenamentos jurídicos, o acordo de leniência não contempla apenas benefícios na esfera administrativa e penal, mas também limita a responsabilização civil do beneficiário do acordo. Nos Estados Unidos, a responsabilidade do beneficiário do acordo é limitada ao valor do dano, ao passo se aplica o *treble damages* aos demais coinfratores. Na União Europeia, a Diretiva 2014/104/EU limita a responsabilidade civil do beneficiário do acordo de leniência aos danos causados aos seus compradores diretos e indiretos. Em relação aos demais prejudicados, a responsabilidade é subsidiária.

Nesse contexto, Caselta (2015, p. 176) sugere que o signatário do acordo de leniência deve responder apenas pelos danos resultantes da venda de seus próprios produtos e serviços e não responder pelo dano moral coletivo. Machado (2015, p. 125-129) entende que a legislação deve limitar a responsabilidade solidária do signatário do acordo de leniência, limitando-a apenas aos danos efetivamente causados pela sua própria conduta, enquanto a exoneração total da responsabilidade civil não seria cabível.

Nesse sentido, projetos de regulamentação e alteração legislativa apareceram nos últimos anos no Brasil. Em 2016, o CADE realizou um estudo chamado “*Articulação entre as persecuções públicas e privadas a condutas anticompetitivas: Estudo da experiência*

internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil.” Esse estudo, que será analisado a seguir, propôs um novo modelo da responsabilização civil dos infratores à ordem econômica, em especial do signatário do acordo de leniência.

Destaca-se também o PL nº 283/2016, que também será avaliado adiante, que visa estabelecer uma série de incentivos aos colaboradores do programa de leniência. Se aprovado, os infratores que cometerem alguma das infrações previstas nos art. 36, § 3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011, terão que ressarcir civilmente os prejudicados em dobro, salvo aquele que celebrar o acordo de leniência, cuja responsabilidade será limitada ao prejuízo efetivamente causado.

Por fim, ressalta-se a necessidade de se analisar o ordenamento jurídico pátrio atual a fim de verificar as possíveis contribuições trazidas pelas proposições legislativas supracitadas.

1.1.1. O Projeto de Lei nº 283/2016

O PL nº 283/2016 dispõe sobre:

a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a suspensão do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência (BRASIL, 2016).

Destaca-se que o PL nº 283/2016 visava alterar as disposições legais sobre a dosimetria da pena aplicável a cartéis, mas a discussão da matéria não prosseguiu. Dessa forma, o que restou no projeto foi o tratamento do *enforcement* privado.

Na justificção do PL nº 283/2016, lembra-se do baixo ajuizamento de ações reparatórias no direito concorrencial brasileiro, com destaque para a pouca utilização das ações privadas no direito brasileiro, o seu potencial papel dissuasório e a necessidade de novo tratamento normativo do prazo prescricional:

Este projeto tem por objetivo aprimorar o caráter dissuasório da multa imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em condenações de empresas por infrações à ordem econômica, bem como estimular o ajuizamento

de ações privadas para cessação das infrações bem como ressarcimento dos danos dela decorrentes (...).

As ações privadas para cessação de infrações à ordem econômica e ressarcimento dos danos delas decorrentes, apesar de previstas desde a Lei n. 8.884/1994, são pouco utilizadas pelos prejudicados no Brasil, especialmente quando comparado com outras jurisdições, como a norte-americana, em que as ações privadas desempenham papel fundamental na dissuasão das infrações à ordem econômica. No Brasil, a incipiência deste tipo de ação pode ser justificada pelo seu alto custo e morosidade, além da indefinição quanto ao termo inicial da prescrição que, em muitos casos, acaba por fulminar o exercício da pretensão de reparação de danos (BRASIL, 2016).

Como soluções normativas encontradas, propõe-se (i) a reparação em dobro dos danos praticados por cartel; (ii) o uso da decisão administrativa condenatória do CADE como apta a embasar uma tutela de evidência; (iii) a limitação da responsabilidade civil dos signatários dos acordos de leniência e do termo de compromisso de cessação; e (iv) a disposição de um novo termo inicial para a contagem do prazo prescricional:

Para reverter tal tendência, as demais alterações previstas no presente projeto de lei instituirão o ressarcimento de danos em dobro em casos de prática de cartel, além de prever que a decisão do CADE é apta a justificar a concessão de tutela da evidência, e, por fim, que a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE impede o curso do prazo prescricional da ação de reparação de danos prevista na Lei n. 12.529/2011.

A inclusão do § 1º ao art. 47 da Lei n. 12.529/2011 instituirá a figura do ressarcimento em dobro pelos prejuízos decorrentes da formação de cartel. Não se trata de medida inédita na legislação brasileira, tanto o Código Civil, quanto o Código de Defesa do Consumidor preveem o ressarcimento em dobro de danos em caso de repetição de indébito, em seus artigos 940 e 42, respectivamente. (...) Os demais parágrafos acrescentados ao artigo 47 visam, por sua vez, resguardar o bem-sucedido programa de leniência do CADE, evitando assim uma excessiva exposição dos signatários de acordo de leniência e termos de compromisso de cessação de prática.

O § 2º incluído ao artigo 47, portanto, isenta os signatários da sanção civil prevista no § 1º, evitando que a colaboração com a autoridade antitruste importe em sua penalização em dobro na esfera civil, pois entendendo que tal isenção introduz um estímulo adicional para que o autor da infração colabore com a investigação do CADE, seja por meio do acordo de leniência, ou seja pelo termo de compromisso de cessação de prática.

O § 3º incluído ao artigo 47, por sua vez, diminui ainda mais o grau de exposição do signatário da leniência ou termo de compromisso de cessação ao estabelecer que eles não são solidariamente responsáveis pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica, sendo responsáveis apenas pelos danos que efetivamente causaram.

Atualmente, não existe tal proteção ao agente que colabora com a investigação do CADE, havendo o risco de ser demandado por todo o dano imposto pelo cartel, em razão da solidariedade prevista no art. 32 da Lei n. 12.529/2011, bem como no artigo 942 do Código Civil. Tal risco serve de desestímulo à composição com a autoridade antitruste, sobretudo em um contexto de ressarcimento em dobro instituído pelo § 1º do artigo 47.

A previsão do § 3º pretende corrigir tal disfunção, prestigiando a figura do leniente e signatário do termo de compromisso de cessação, sem com isso, prejudicar o exercício da pretensão de reparação civil dos danos decorrentes da infração à ordem econômica. (...)

Por fim, a inclusão do art. 46-A à Lei n. 12.529/2011 visa encerrar a indefinição acerca do início do termo inicial da pretensão reparatória decorrente da infração à ordem econômica. Inspirado na norma do artigo 200 do Código Civil, o artigo prevê que durante a vigência do inquérito ou processo administrativo do CADE para apuração da infração à ordem econômica não flui o prazo prescricional. O termo inicial do prazo prescricional, portanto, passa a ser a decisão que encerra o processo administrativo, resguardando-se ao prejudicado, portanto, a oportunidade de aguardar o encerramento do processo administrativo e uma decisão da autoridade antitruste para, enfim, exercer sua pretensão indenizatória (BRASIL, 2016).

A partir das regras discutidas, espera-se a dissuasão das infrações reprimidas pela Lei nº 12.529/2011:

O projeto de lei, portanto, aprimorará a repressão e dissuasão das infrações à ordem econômica, garantindo que os ganhos delas decorrentes jamais serão superiores que as multas e sanções impostas aos infratores, razão pela qual conto com o apoio dos nossos ilustres pares ao presente projeto de lei (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, o Parecer (SF) nº 30, de 2018, ressalta o papel dissuasório do *double damages*:

A primeira medida cria a condenação judicial em dobro para o infrator que causar danos a outros agentes econômicos. Trata-se de uma sanção civil, também conhecida como punitive damage no sistema anglo-saxão, e que visa a desestimular a conduta infracional, dado que a vítima não apenas será ressarcida do prejuízo que lhe foi imposto pelo infrator como também será agraciada com um benefício econômico equivalente ao valor do dano causado (BRASIL, 2018a).

Assim, é possível dividir as alterações trazidas pelo PL nº 283/2016 em três partes: a primeira envolveria o acréscimo de parágrafos ao art. 47, da Lei nº 12.529/2011. A segunda, a adição do art. 46-A. E a terceira, a adição do parágrafo único ao art. 93.

Em relação à primeira, o PL nº 283/2016 prevê a adição de quatro novos parágrafos, com a redação descrita a seguir:

Art. 47.

§ 1º Os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, I e II, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no §1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.

§ 4º Não se presume o eventual repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas no artigo 36, § 3º, I e II, cabendo a prova ao réu que o alegar.

O parágrafo primeiro estabelece que o ressarcimento em dobro para as infrações de cartel e conduta comercial uniforme. O parágrafo segundo determina que o *double damages* não seria aplicável ao signatário de acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação. O terceiro parágrafo prevê que os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação apenas serão responsáveis pelos danos causados diretamente aos prejudicados, não sendo responsáveis solidariamente pelos danos causados pelos demais coautores. Por fim, o parágrafo quarto não presume o efeito repasse do sobrepreço nos casos das referidas infrações, cabendo prova em contrário pelo réu.

Ressalta-se que, no texto inicial do referido projeto, havia a previsão de que o signatário do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação deveriam disponibilizar documentação necessária ao CADE para estimação do dano decorrente da infração investigada:

§ 3º A aplicação do benefício previsto no § 2º fica condicionada à entrega, pelo signatário do acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, de documentos que permitam ao CADE a estimação do dano decorrente da infração à ordem econômica.

O supracitado dispositivo foi suprimido pela subemenda nº 2, da emenda nº 3, justificada pelo parecer (SF) nº 122, de 2018, do Senado. Conforme trecho do parecer a seguir, os congressistas entenderam que a referida exigência configuraria um desincentivo à efetividade das transações entre o infrator e o CADE:

O terceiro parágrafo condiciona a aplicação do benefício à entrega de documentos que permitam ao CADE a estimação do dano causado pela conduta anticompetitiva. Sugerimos sua supressão para evitar um desincentivo à celebração de acordos de leniência, instrumento importante para a detecção e dissuasão de cartéis (2018b).

Sobre essa obrigação suprimida, cumpre destacar que nem sempre o beneficiário do acordo de leniência terá informações suficientes de outros coinfratores que permitam estimar a totalidade do dano causado pela colusão. Isso porque não se pode pressupor que o beneficiário do acordo de leniência tenha informação suficiente sobre, por exemplo, a estrutura de custo, a política comercial e o sobrepreço dos demais membros do conluio.

Ademais, quando o produto do mercado cartelizado possui ou permite um relativo grau de diferenciação de preço, qualidade, quantidade ou tecnologias empregadas, em determinado intervalo de tempo e em certas localizações, mais difícil ao beneficiário do acordo de leniência seria a prestação de informações para a autoridade da concorrência para a estimativa precisa do sobrepreço.

Nesse sentido, é provável que o dispositivo suprimido seria mais efetivo somente em casos em que o cartel tenha ocorrido em mercados com produtos extremamente homogêneos e com agentes que se organizam e se estruturam de forma semelhante, ao ponto de que não haja assimetria de informações entre os coinfratores. Com isso, no cenário hipotético em que o proponente do acordo de leniência tenha que fornecer informações suficientes para que autoridade consiga estimar o dano, sob pena de restrição dos benefícios garantidos pela celebração da transação, seria necessário calibrar essa exigência de acordo com a homogeneidade do produto oferecido no mercado cartelizado e com a semelhança entre as estruturas de produção dos coinfratores. Exemplificativamente, no caso de cartelização em um mercado com relativo grau de diferenciação, não se poderia exigir do beneficiário do acordo o fornecimento de informações que permitam a quantificação do dano. Caso contrário, há risco de se gerar insegurança jurídica ao proponente do acordo de leniência.

Superadas as dificuldades supramencionadas, a situação pensada pelo legislador envolve o dilema enfrentado por um potencial proponente do acordo de leniência, que pode se submeter ao risco de ser detectado e de arcar com o *double damages*, mas se beneficiar da dificuldade de se mensurar o dano causado pelo cartel na esfera civil, o que resultaria em uma possível indenização a menor.

Por outro lado, o mesmo potencial proponente poderia celebrar o acordo de leniência, fornecer os documentos ao CADE, mas arcar com uma indenização maior em relação àquela de situações em que ele não forneceria quaisquer informações e contaria com as dificuldades dos prejudicados em dimensionar o dano. Em outras palavras, existiria um conflito de interesses entre o interesse da autoridade antitruste e dos prejudicados na precisa quantificação do dano e o interesse do proponente do acordo de leniência em indenizar o mínimo possível.

Ademais, como demonstrado no subcapítulo 3.1, parte do dano concorrencial se deve à parcela apropriada pelos coinfratores. Dessa forma, o compartilhamento de informações pelo proponente do acordo de leniência não ajudaria somente os prejudicados na quantificação de danos, mas também a autoridade antitruste na dosimetria da multa no processo administrativo sancionador, pois a legislação brasileira adota a vantagem auferida como parâmetro para a fixação da multa, que poderia ser quantificável com tais informações. No entanto, como se mostrará adiante, a vantagem auferida não tem sido aplicada pelo CADE.

Em relação à segunda parte do PL nº 283/2016, este adiciona o art. 46-A, que prevê que a prescrição não correrá durante a vigência do inquérito ou do processo administrativo sancionador que tramita no âmbito do CADE. Seu parágrafo primeiro estabelece o prazo de cinco anos para consumação da prescrição, que terá seu termo inicial com a publicação do julgamento final do processo administrativo, conforme dispõe seu parágrafo segundo:

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47, não correrá a prescrição durante a vigência do inquérito ou processo administrativo no âmbito do CADE.

§ 1º Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se a sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito, quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE.

Tal dispositivo impactaria a efetividade do *private enforcement*, pois a prescrição poderia ser um empecilho para o ajuizamento de ações. No Código Civil, as regras de prescrição aplicáveis estabelecem o prazo de três anos, e com termo inicial a data da ocorrência do evento danoso:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206;

Art. 206. Prescreve: (...)

§ 3º Em três anos: (...)

V - a pretensão de reparação civil;

Nesse contexto, ressalta-se que inquéritos e processos administrativos no âmbito do CADE podem ultrapassar o prazo de três anos, o que resultaria na consumação da prescrição. Ainda que se permita o compartilhamento de provas obtidas pela autoridade antitruste, o prazo e o termo inicial ainda limitariam as ações reparatórias. Então, verifica-se que o aumento do prazo prescricional e a alteração de seu termo inicial pelo PL nº 283/2016 visa garantir maior eficácia ao *enforcement* privado.

Por fim, a terceira e última parte do supracitado projeto de lei refere-se à decisão administrativa do CADE poder fundamentar a concessão de tutela de evidência no processo judicial, conforme a previsão do novo parágrafo único do art. 93, que será incluído pelo PL nº 283/2016:

Art. 93.

Parágrafo único. A decisão do Plenário do Tribunal é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei.

Isso permitiria que as ações reparatorias tramitassem sem que os autores sofram com o ônus do tempo do processo. Em razão da especialidade técnica do CADE em comparação ao Poder Judiciário, a decisão administrativa da autoridade da concorrência poderia amparar a pretensão dos autores.

Em síntese, o PL nº 283/2016 busca preservar a atratividade dos instrumentos de transação utilizáveis pela autoridade da concorrência. Nesse contexto, ao limitar a responsabilidade civil do signatário de tais acordos, premia-se a celebração de tais instrumentos.

1.1.2. Proposta do CADE no Processo nº 08700.007941/2016-64

Em 2016, foi elaborado pelo CADE, no Processo nº 8700.007941/2016-64, um estudo chamado “*Articulação entre as persecuções públicas e privadas a condutas anticompetitivas: Estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil.*” O estudo apresenta formas de incrementar o desenvolvimento do *enforcement* privado no direito concorrenciais brasileiro.

Esse estudo consistiu em (i) analisar a experiência estrangeira sobre medidas utilizadas para melhorar e desenvolver o *private enforcement* sem prejuízo à atuação estatal; (ii) fazer uma consulta pública sobre a regulação do acesso às provas obtidas pelo processo administrativo sancionador, pelo acordo de leniência e pelo *termo* de compromisso de cessação, que culminou na edição da Resolução nº 21/2018; e (iii) propor novas regras de responsabilidade civil.

Este subcapítulo abordará apenas este último, visto que o próximo abordará a publicidade e o acesso das informações obtidas pela autoridade antitruste reguladas pela referida resolução.

Basicamente, o que o CADE sugere no estudo em relação às normas de responsabilidade civil foi a edição de regras muito próximas àquelas trazidas no PL nº 283/2016. A instituição pensou em duas alternativas de legislações: conferir imunidade civil ao beneficiário do acordo de leniência ou apenas limitar parcialmente a sua responsabilidade civil.

Entre ambas, a autarquia preferiu a limitação da responsabilidade civil, próximo ao que os Estados Unidos e a Europa fizeram, em detrimento da imunidade conferida pelo direito húngaro antes da Diretiva nº 2014/104/UE (BRASIL, 2016, p. 17). O CADE entende que a aplicação de indenizações civis contra todos os infratores tem relevância para a dissuasão de futuros ilícitos (BRASIL, 2016, p. 17). Dessa forma, a responsabilidade civil do signatário do acordo compreenderia os danos causados direta e indiretamente aos seus adquirentes e fornecedores, não se aplicando a solidariedade em relação aos danos causados pelos demais coinfratores e pelo efeito *umbrella*.

Outra sugestão trazida pela entidade foi a instituição de mecanismos que fomente a reparação dos danos dos prejudicados de forma voluntária, como descontos da multa administrativa e da contribuição pecuniária (BRASIL, 2016a, p. 18).

A terceira sugestão refere-se à prescrição das ações judiciais. Nesse sentido, destacam-se: o estabelecimento da ciência inequívoca do ilícito como termo inicial do prazo prescricional, que ocorreria com a publicação da decisão administrativa do CADE ou após o desfecho da ação penal; e a interrupção do prazo de prescrição a partir da instauração de procedimento de apuração de infração contra a ordem econômica pela Superintendência-Geral, a fim de evitar a perda do direito de ação decorrente do tempo de tramitação do processo administrativo sancionador (BRASIL, 2016a, p. 18). Percebe-se que a proposição é bem próxima àquela trazida pelo Projeto de Lei nº 283/2016, com a diferença de que este visa aumentar o prazo prescricional para cinco anos, enquanto a autarquia não sugeriu elevar o prazo.

Ademais, o CADE propôs a possibilidade de suspensão das ações reparatorias, nos termos do art. 313, V, “a” do Código de Processo Civil², quando as provas utilizadas no processo administrativo forem relevantes para o convencimento do juiz (BRASIL, 2016a, p. 18).

Por fim, a autarquia sugere que a decisão condenatória do Tribunal do CADE seja prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, como ocorre em outras legislações, o que facilitaria a procedência das ações “*follow-on*”, já que as partes se limitariam a provar o nexo causal e a quantificação da lesão (BRASIL, 2016a, p. 18). Enquanto isso, o PL nº 283/2016,

² Art. 313 do Código de Processo Civil: Suspende-se o processo: (...)

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

como dito anteriormente, estabelece que essa decisão administrativa fundamentaria a concessão de tutela de evidência.

Portanto, nota-se um núcleo comum entre sugestões trazidas pelo CADE e aquelas em curso pelo PL nº 283/2016. Em suma, ambas procuram limitar a responsabilidade do beneficiário do acordo de leniência, alterar do termo inicial da prescrição e conferir força probatória à decisão administrativa no âmbito judicial, seja para concessão da tutela de evidência, seja como prova *prima facie* da ocorrência da conduta e do dano. No entanto, uma das diferenças é que a proposta trazida pelo CADE não prevê indenizações punitivas.

1.2. O acesso à prova obtida pelo programa de leniência

Outro ponto que tangencia a interação entre o *public* e o *private enforcement* é a confidencialidade das provas obtidas pelo programa de leniência. De um lado, as informações obtidas pela autoridade antitruste poderiam ser utilizadas como prova no processo judicial para demonstrar a existência do cartel e do dano, especialmente quando se considera a dificuldade enfrentada pelos prejudicados para trazer a juízo elementos probatórios que embasem sua pretensão. De outro, a confidencialidade dos documentos obtidos no programa de leniência pode ser importante a manutenção da efetividade do instituto e das investigações e do processo administrativo que serão abertos a partir deles.

Na Lei nº 12.529/2011, os art. 48 e 49 conferem sigilo aos documentos utilizados nos inquéritos e processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. Conseqüentemente, como os documentos obtidos no acordo de leniência são utilizados no inquérito e no processo administrativo, eles são, em regra, sigilosos. No RICADE, há a previsão, em seu art. 207, § 2º, II, da confidencialidade das informações obtidas no acordo de leniência:

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. (...)

§ 2º O Cade notificará os representados no inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou no processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica relacionados à infração noticiada ou sob investigação de que:

I - o acesso ao acordo de leniência e a seus anexos, bem como a quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou a que o Cade atribua tratamento de acesso restrito, será concedido aos representados estritamente para fins de exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa no inquérito administrativo ou no processo administrativo em trâmite perante o Cade que tenha por objeto a infração de que trata o acordo de leniência; e

II - é vedada a divulgação ou o compartilhamento, total ou parcial, com outras pessoas físicas, jurídicas ou entes de outras jurisdições, do acordo de leniência e de seus anexos, bem como de quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou que recebam tratamento de acesso restrito por parte do Cade, sendo que a desobediência desse dever sujeitará os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.

Dessa forma, as provas obtidas pelo CADE por meio da supracitada transação não poderiam auxiliar os prejudicados na esfera judicial. Nesse sentido, discute-se se a divulgação de provas obtidas no curso da investigação deveria ser permitida. Caselta (2015, p. 175-176) propõe que o CADE proíba o acesso ao teor do acordo e ao histórico da conduta, e permita o acesso a pequenas evidências, como e-mails e planilhas. Machado (2015, p. 119-120) entende que há similaridades entre os programas de leniência e a estruturação da responsabilidade civil concorrencial no Brasil e na União Europeia, o que faz com que uma proposta semelhante à Diretiva 2014/104/U pudesse ser incorporada pelo direito brasileiro no que se refere à limitação de acesso dos prejudicados ao acordo de leniência.

Assim, com vista a promover a reparação civil dos prejudicados por infrações contra a ordem econômica, o CADE publicou a Resolução nº 21/2018, que estipula regras para o compartilhamento de provas e documentos obtidos no curso de investigações.

1.2.1. A Resolução nº 21/2018

A Resolução nº 21/2018:

disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC).

A partir do compartilhamento de provas e documentos obtidos pela autoridade da concorrência, propiciar-se-ia o ajuizamento das ações reparatórias da modalidade *follow-on*.

De forma geral, no art. 1º, é dado caráter público aos documentos presentes nos autos do processo administrativo sancionador, incluídos aqueles originados do acordo de leniência e do TCC, salvo aquelas informações previstas no seu art. 2º, que não estariam disponíveis mesmo após a decisão administrativa:

Art. 1º da Resolução 21/2018: São públicos os documentos e informações

constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, e sua divulgação ocorrerá na fase processual adequada, conforme artigos 8º a 11 desta Resolução.

Art. 2º da Resolução 21/2018: Constituem exceções ao disposto no art. 1º e serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros:

I - o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;

e/ou

II - os documentos e informações:

a) que se enquadrem nas restrições previstas nos arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011;

b) que constituam segredo industrial (art. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527/2011);

c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012);

d) que constituam hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (art. 6º, inciso I e II do Decreto nº 7.724/2012);

e) que constituam hipóteses previstas nos arts. 91 a 94 e 219 do Regimento Interno do Cade;

f) que tenham sigilo definido por decisão judicial;

g) apresentados pelo proponente durante a negociação do Acordo de Leniência ou do TCC subsequentemente frustrada, enquanto não forem restituídos aos proponentes ou destruídos pelo CADE.

Destaca-se que as vedações trazidas pelo art. 2º da supramencionada resolução seria uma espécie de “*black list*” e seria composta pelo histórico da conduta e documentos que tragam informações concorrencialmente sensíveis ou que violam sigilo previsto em lei ou determinado por decisão judicial, por exemplo. No entanto, o art. 3º excepciona o sigilo quando houver previsão legal, determinação judicial, autorização do signatário do acordo de leniência ou do TCC, e em cooperação jurídica internacional, com autorização específica dos signatários:

Art. 3º da Resolução 21/2018: A excepcional concessão de acesso aos documentos e às informações referidos no art. 2º poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – expressa determinação legal;

II – decisão judicial específica;

III – autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, desde que não haja prejuízo à investigação; ou

IV – cooperação jurídica internacional, prevista nos arts. 26 e 27 do CPC, mediante autorização do CADE e autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, desde que não haja prejuízo à investigação.

Parágrafo único. A análise do pedido de excepcional concessão de acesso de que trata o caput deverá observar:

I – a legitimidade do requerente;

II – os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento;

III – a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento;

IV – a fase processual da investigação no Cade, conforme a Seção II desta Resolução;

V – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;

VI – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;

VII – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

Na hipótese de existir uma ação em curso cujo objeto seja ou dependa dos documentos fornecidos pelo acordo de leniência ou pelo termo de compromisso de cessação, a Resolução prevê a atuação da ProCADE no processo para preservar o sigilo das informações presentes no referido art. 2º ou para suspender as ações que potencialmente comprometam a efetividade dos dois mecanismos de transação do sistema brasileiro de defesa da concorrência:

Art. 6º da Resolução 21/2018: Para preservar e disseminar os aspectos previstos no art. 3º, o Cade poderá determinar à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, nos termos dos arts. 9º, XIII, e 14, III, da Lei nº 12.529, de 2011, que:

I - intervenha nos feitos que direta ou indiretamente envolverem o acesso aos documentos e às informações de acesso restrito referidos no art. 2º; e

II - requeira, nos termos do art. 313, inciso V, "b", do Código de Processo Civil, a suspensão de ações judiciais e extrajudiciais que possam comprometer a política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente os Programas de Leniência e de TCC do Cade, e/ou a investigação, até a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade.

Como mencionado anteriormente, o nível do acesso às informações depende também da fase processual. A resolução traz três fases: durante a celebração do acordo de leniência e do TCC, durante a instrução processual e após a decisão administrativa proferida pelo Tribunal Administrativo.

Em relação à primeira fase, haverá sigilo sobre a proposta e sobre documentos, informações e atos processuais necessários para a investigação:

Art. 8º da Resolução 21/2018: Durante a fase de negociação e celebração de Acordos de Leniência e TCC, a Superintendência-Geral e o Tribunal do Cade assegurarão o tratamento sigiloso e/ou restrito da proposta, conforme os arts. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011, bem como dos documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos em investigação.

Art. 9º A proposta e o processo de negociação de Acordo de Leniência e de TCC, bem como os demais documentos, informações e atos processuais que tenham recebido tratamento sigiloso, somente poderão ser acessados pelas pessoas

autorizadas pelo Cade, nos termos dos arts. 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, observados os seguintes parâmetros:

*I - a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;
II - a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;*

III - a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.

Parágrafo único. Os documentos e as informações classificados como de acesso restrito constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no caput.

Nota-se que o grau de acessibilidade das informações pelos lesados é baixo. Esse sigilo durante a fase de negociação dialoga com o art. 86, § 10, da Lei nº 12.529/2011, que protege o proponente no caso de desistência ou rejeição do acordo de leniência:

Art. 86 (...):

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

Já durante a fase de instrução processual é possível um nível de acesso maior aos dados. Em suma, os interessados terão acesso às versões públicas da nota técnica de instauração e da nota técnica final da Superintendência-Geral, que conterão, ao menos, a indicação dos representados, a enunciação da conduta a ele imputada, o resumo dos fatos apurados e a indicação do preceito legal referente à suposta infração. Já em relação aos documentos, classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, estes constituirão autos de apartado específico, e só estarão disponíveis após a decisão administrativa da autarquia:

Art. 10: Durante a fase de instrução do Processo Administrativo Para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, a qual se realiza na Superintendência-Geral ou no Tribunal do Cade, serão disponibilizadas nos autos públicos as versões públicas da Nota Técnica de instauração e da Nota Técnica final da Superintendência-Geral do Cade.

§ 1º As Notas Técnicas referidas no caput deste artigo conterão, sem prejuízo do disposto no art. 187 do Regimento Interno do Cade, pelo menos:

I - a indicação do representado e, quando for o caso, do representante;

II - a enunciação da conduta ilícita imputada ao representado;

III - o resumo dos fatos a serem apurados;

IV - a indicação do preceito legal relacionado à suposta infração.

§ 2º Os documentos e as informações que deverão ser classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 9º.

Por fim, a terceira fase ocorre a partir da publicação da decisão administrativa, quando o compartilhamento de informações será mais abrangente. Nesta fase, os documentos e as informações disponíveis na instrução, bem como aqueles que constituíram apartado específico previsto no art. 10, § 2º, ficarão disponíveis aos lesados:

Art. 11 da Resolução 21/2018: A decisão final do Plenário do Tribunal do Cade tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no §2º do art. 10º.

Destaca-se que os documentos previstos no apartado específico se enquadrariam à “*grey list*” em razão de seu sigilo se limitar às fases de instrução do processo administrativo sancionador.

Por fim, a resolução trouxe também o art. 12, que prevê como atenuante na dosimetria da multa e da contribuição pecuniária o ressarcimento extrajudicial ou judicial dos danos:

Art. 12: A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011.

Por fim, destaca-se que o emprego de provas e informações obtidas pela autoridade pode ser uma engrenagem para o desenvolvimento do *private enforcement* no Brasil. No entanto, deve-se avaliar se há risco de se prejudicar o *public enforcement*. Uma forma buscada para reequilibrar os efeitos da quebra da confidencialidade de tais dados é limitar a responsabilidade civil dos beneficiários de tais acordos, como foi debatido no tópico anterior e como será analisado sob a luz da teoria dos jogos mais adiante.

2. PUBLIC ENFORCEMENT

O *public enforcement* refere-se aos processos intentados ou conduzidos pelas autoridades antitruste, incluindo aqueles originados a partir de denúncias de particulares (OCDE, 2015, p. 2; WILS, 2017, p. 3). É a partir dele que a autoridade da concorrência pode aplicar penalidades, reprimir e dissuadir condutas deletérias à ordem econômica.

Para Wils (2017, p. 17-18), o *enforcement* público atende melhor à função dissuasória e punitiva que as ações privadas porque se beneficia mais dos poderes estatais de investigação e aplicação de penalidades, não se limita às sanções pecuniárias e a autoridade tem mais capacidade de delimitar a sanção suficiente para dissuasão.

Por outro lado, Wils (2017, p. 19-20) observa que a atuação estatal é movida pelo interesse público, enquanto o *private enforcement* é movido pelo interesse privado, razão pela qual nenhum particular teria interesse específico de conduzir um processo com fins dissuasórios por serem demasiadamente dispendiosos.

Nesse sentido, a OCDE (2009, p. 9) aponta algumas diretrizes que devem nortear a aplicação de penalidades em geral, ou seja, o *public enforcement*, dentre as quais se destacam a (i) dissuasão de condutas que não estão em conformidade com a legislação; (ii) a eliminação de qualquer vantagem auferida decorrente da não conformidade; e (iii) a proporcionalidade da pena à natureza da infração e aos danos causados; e (iv) a consideração do que é adequado para o infrator e para a matéria regulatória.

O *public enforcement* está associado à punição e à dissuasão dos infratores. Gary Becker (1968, p. 177), por meio da noção de utilidade esperada, trabalha a noção de dissuasão, onde a utilidade esperada é definida pela fórmula:

$$EU_j = p_j U_j (Y_j - f_j) + (1 - p_j) U_j (Y_j) = U_j (Y_j) - p_j U_j f_j$$

em que que EU_j é a utilidade esperada, U_j é a função utilidade, Y_j é a recompensa monetária e psíquica, f_j é o equivalente monetário da punição e p_j é a probabilidade de detecção e punição.

Com isso, o infrator mediria os benefícios e os malefícios da conduta ilícita (OCDE, 2011, p. 2), estando disposto a fazê-la quando a utilidade esperada é positiva e sendo dissuadido quando for negativa. Na mesma direção, Polinsky e Shavell (2000, p. 47) defendem que o

agente só cometerá a infração se receber dela uma utilidade. Por outro lado, se o resultado do cometimento do ilícito for uma penalidade, espera-se que o agente não o cometa.

Em relação à dissuasão, Landes (1983, p. 657) entende que a penalidade deve ser igual ao prejuízo líquido causado, incluídos os custos do *enforcement*, dividido pela probabilidade de detecção da infração. Stigler (1970, p. 533) considera que a dissuasão compreende a soma dos danos causados, dos custos de implementação do *enforcement* pela autoridade e o custo de defesa do infrator.

Outra forma de se avaliar a dissuasão é no aspecto temporal. Spagnolo (2005a, p. 7) diferencia dissuasão *ex ante* da *ex post*, sendo a primeira relacionada à prevenção da formação do ilícito e com mecanismos que o tornam insustentáveis e a segunda relacionada à interrupção da prática ilegal.

No caso brasileiro, o *public enforcement* é conduzido pelo CADE, que pode fazer uso dos procedimentos administrativos no exercício do controle de condutas previstos no art. 48, I, II, III, da Lei nº 12.529/2011: (i) o procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, (ii) o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, e (iii) o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica:

*Art. 48: Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:
I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica*

Conforme o texto expresso do art. 66, § 2º, o procedimento preparatório poderá ser instaurado pela Superintendência-Geral a fim de verificar se a conduta em análise é de competência de um dos órgãos que compõem o SBDC. Tal procedimento pode ser sigiloso e suas diligências deverão ser realizadas em até 30 (trinta) dias. Da decisão administrativa de arquivamento ou indeferimento do seu requerimento de abertura, caberá recurso de qualquer interessado à Superintendência-Geral, como dispõe o texto legal:

*Art. 66: (...)
§ 2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei.*

(...)

§ 3º As diligências tomadas no âmbito do procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica deverão ser realizadas no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

(...)

§ 4º Do despacho que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou seu arquivamento, caberá recurso de qualquer interessado ao Superintendente-Geral, na forma determinada em regulamento, que decidirá em última instância.

(...)

§ 10. Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral.

Acrescenta-se que o procedimento preparatório não é obrigatório. Ele é instaurado apenas quando o CADE tiver dúvida sobre sua competência para processar e julgar os supostos infratores pela conduta noticiada.

O inquérito administrativo é um procedimento investigatório inquisitorial instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de ilícitos contra a ordem econômica. Por óbvio, quando se instaura este procedimento, não se tem dúvida sobre a competência do CADE para processar e julgar administrativamente a conduta.

É por meio desse procedimento que se busca indícios de materialidade a autoria que sustenta a condenação dos infratores. Durante o inquérito administrativo, o CADE poderá a realizar diligências, solicitar informações de agentes envolvidos, de terceiros e de outras autoridades públicas nacionais e estrangeiras, solicitar busca e apreensão e quaisquer outras medidas instrutórias.

Em relação à instauração do inquérito administrativo, esta poderá se dar de ofício pela autoridade ou mediante provocação por meio de informações obtidas em denúncia, em acordos de leniência, em representação e em quaisquer peças de informação quando os indícios de infração à ordem econômica forem insuficientes para a instauração do processo administrativo. Ele também será sigiloso e terá duração de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias. Uma vez encerrado o inquérito administrativo, a Superintendência-Geral, em 10 (dez) dias, decidirá pela instauração ou arquivamento do processo administrativo:

Art. 66: O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

(...)

§ 9º O inquérito administrativo deverá ser encerrado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua instauração, prorrogáveis por até 60 (sessenta) dias, por meio de despacho fundamentado e quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto.

(...)

§ 10. Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral.

(...)

Art. 67: Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

Colhidos os elementos de prova que sustentam a condenação, a Superintendência-Geral instaurará o processo administrativo para imposição de sanções por infração à ordem econômica. Durante o trâmite, o acusado terá direito ao contraditório e à ampla defesa, e terá acesso às conclusões da Superintendência-Geral relativamente ao inquérito administrativo. No ato da instauração, o acusado será notificado para apresentar defesa no prazo de 30 (trinta) dias, especificar as provas que planeja produzir.

Art. 69: O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

(...)

Art. 70: Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas.

Após a apresentação da defesa, a Superintendência-Geral terá 30 (trinta) dias para determinar a produção de provas que julgar pertinente, podendo exercer seus poderes instrutórios. Após a conclusão da instrução, a Superintendência-Geral notificará o acusado para apresentação das alegações no prazo de 5 (cinco) dias úteis. Após este prazo, a Superintendência-Geral terá 15 (quinze) dias úteis para remeter os autos ao Presidente do Tribunal Administrativo com o relatório sugerindo o arquivamento ou a configuração da infração:

Art. 72: Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.

(...)

Art. 73: Em até 5 (cinco) dias úteis da data de conclusão da instrução processual determinada na forma do art. 72 desta Lei, a Superintendência-Geral notificará o representado para apresentar novas alegações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

(...)

Art. 74: Em até 15 (quinze) dias úteis contados do decurso do prazo previsto no art. 73 desta Lei, a Superintendência-Geral remeterá os autos do processo ao Presidente do Tribunal, opinando, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração.

No Tribunal, o Presidente distribuirá os autos a um conselheiro, que poderá solicitar à ProCADE manifestação no prazo de 20 (vinte) dias e, ainda, solicitar que a Superintendência-Geral realize as diligências que julgar necessárias. Doravante, o acusado terá 15 (quinze) dias úteis para apresentar as alegações finais:

Art. 75: Recebido o processo, o Presidente do Tribunal o distribuirá, por sorteio, ao Conselheiro-Relator, que poderá, caso entenda necessário, solicitar à Procuradoria Federal junto ao Cade que se manifeste no prazo de 20 (vinte) dias.

Art. 76. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado.

Parágrafo único. Após a conclusão das diligências determinadas na forma deste artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, apresentar alegações finais.

Por fim, a decisão do Tribunal Administrativo será sempre fundamentada, e quando reconhecer a existência de infração contra a ordem econômica, necessariamente terá alguns elementos, como a especificação dos fatos constituintes da infração e as providências e prazo para cessá-la, e a multa referente à penalidade, à continuidade da infração, e ao descumprimento das providências estipuladas:

Art. 79: A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do caput deste artigo;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração; e

V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas

Cumprido destacar que, apesar de ser o eixo central do *public enforcement* de cunho antitruste no Brasil, o CADE conta com auxílio e informações de muitas outras autoridades públicas que resultam em investigações, como a SEAE, os Tribunais de Contas, as agências reguladoras, os Procons e demais entidades de defesa dos consumidores e o Ministério Público. Ressalta-se especialmente o último como uma importante fonte de informações para que o CADE instaure processos administrativos sancionadores contra cartéis, particularmente aqueles de abrangência local.

Conjuntamente com os procedimentos acima citados, o CADE pode transigir com os infratores. Nessas ocasiões, a referida autoridade pode celebrar o TCC e o acordo de leniência. Estes são regulamentados pelos arts. 85, 86 e 87, da Lei nº 12.529/2011. Especialmente em relação ao segundo, muitas preocupações pairam sobre ele a respeito de sua efetividade com o estímulo do *private enforcement*, que serão analisadas ao longo deste trabalho. Para tanto, é importante que se façam breves considerações sobre o acordo de leniência, que será tratado no item a seguir.

No item adiante, será analisado a dosimetria da multa imposta pelo CADE aos infratores das normas da Lei nº 12.529/2011. Tal análise se justifica na medida em que a multa é a principal penalidade utilizada para dissuadir potenciais agentes de condutas deletérias à ordem econômica.

2.1. Multa aplicável no processo administrativo

A penalidade de multa está prevista no art. 37, da Lei nº 12.529/2011:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

No caso de sociedades empresárias, grupos e conglomerados econômicos, a legislação prescreve a aplicação de percentual de 0,1% a 20% do valor do seu faturamento bruto obtido no ramo de atividade em que ocorreu a infração no exercício anterior à instauração do processo administrativo, quando não for possível estimar a vantagem auferida.

Juntamente com o intervalo de alíquotas, a Lei nº 12.529/2011 acrescenta uma série de critérios que devem ser considerados na dosimetria da penalidade:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator; e

VIII - a reincidência.

A Lei nº 12.529/2011 não especificou o que é o “ramo de atividade” previsto no art. 37, I. Com isso, foi editada a Resolução nº 3/2012, do CADE, que estabeleceu uma lista de ramos de atividades, bem como a possibilidade de o CADE considerar o faturamento bruto total quando o critério do ramo de atividade não for seguro:

Art. 1º. Expedir, para fins de aplicação do artigo 37 da Lei nº 12.529, de 2011, a LISTA DE RAMOS DE ATIVIDADES EMPRESARIAIS, anexa a esta Resolução.

Art. 2º Quando o representado não apresentar o valor do faturamento no(s) ramo(s) de atividade empresarial em que ocorreu a infração de forma completa, inequívoca e idônea, será considerado o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo.

Assim, ressalta-se que o ramo de atividade não se equivale ao mercado relevante. Cordovil (2011, p. 122-123) alerta que a utilização do ramo de atividade gera uma ampliação da base de incidência da multa por contemplar outros bens complementares e pertencentes a outros elos da cadeia produtiva, o que não ocorreria com a utilização do mercado relevante, que englobaria apenas os bens substitutos entre si.

Posteriormente, a aludida resolução foi alterada pela Resolução nº 18/2016, que incluiu o art. 2-A, que dá flexibilidade ao CADE em adaptar o ramo de atividade ao caso concreto:

Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais.

De fato, mesmo com a edição de Resolução nº 3/2012 não houve uma segurança sobre os parâmetros para a parametrização do mercado em que se calcularia a penalidade. Isso porque o ramo de atividade é apenas mais um parâmetro para a fixação de penalidades. Nesse sentido, Cavalcanti (2019, p. 214) considera que o critério dos ramos de atividades levou a uma discricionariedade do órgão de defesa da concorrência.

Em relação ao aspecto temporal da conduta, o aludido art. 37, I, da Lei nº 12.529/2011, considera o faturamento bruto do ramo de atividade do exercício anterior ao da instauração do inquérito administrativo, quando não for possível mensurar a vantagem auferida. Pela literalidade do referido dispositivo, uma infração que durou apenas um ano e outra que durou vários anos seriam punidas de forma semelhante.

Isso parece ser um contrassenso ao que menciona a própria, visto que o art. 45, da Lei nº 12.529/2011, estabelece como parâmetros para dosimetria da pena a vantagem auferida, os efeitos econômicos e o grau de lesão produzidos sobre o mercado. Em tese, um ilícito que perdurou vários anos poderia gerar maior vantagem aos infratores que um conduta que durou pouco meses. Da mesma forma, uma infração que se estende por muitos anos poderia gerar piores efeitos e danos econômicos ao mercado quando se compara com outra com menor duração.

Assim, parametrizar a dosimetria da multa pelo faturamento bruto do ramo de atividade do exercício anterior ao da instauração do inquérito administrativo para todos os tipos de infrações, sem considerar a duração da conduta, parece comprometer a própria dissuasão visada pela autoridade da concorrência.

Isso porque poder-se-ia gerar uma subpunição, como menciona Azevedo (2014, p. 278), no sentido de que se a multa com alíquota máxima sobre um ano de faturamento fosse aplicada ela não dissuadiria a conduta se esta durasse muitos anos.³

Nesse contexto, até nos votos dos processos administrativos processados pelo CADE tem-se reconhecido a potencial aplicação de sanções subótimas. No Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, o CADE, nos termos do voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, reconheceu que as multas devem gerar para os infratores perdas superiores aos ganhos decorrentes da infração. No entanto, se os danos e as vantagens costumam ser maiores que as multas aplicadas, a repressão de ilícitas seria prejudicada:

539. Cartéis são nocivos à livre concorrência e seu combate é a pedra angular da política de defesa da competição. Por essa razão, devem-se analisar os mecanismos que o poder público possui para desestimular a formação de cartéis

³ Ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/94, Azevedo considerou uma situação em que o sobrepreço de 20% e com uma multa de 30% sobre o faturamento bruto, a dissuasão só ocorreria se a conduta durasse até um ano e meio. Nesse raciocínio, sob a égide da Lei nº 12.529/11, mantendo o mesmo sobrepreço e a alíquota máxima de 20% sobre o faturamento bruto, considerando a atuação do agente apenas em seu mercado relevante, a dissuasão só operaria em infrações com aproximadamente um ano de duração.

e para minorar seus efeitos anticoncorrenciais. As duas principais medidas são: (i) a imposição de multas; e (ii) a adoção de remédios estruturais, entre os quais se inclui a determinação de venda de ativos.

540. Para desestimular a formação de cartéis, as sanções impostas aos participantes devem gerar para as empresas perdas superiores ao que elas esperariam ganhar com a participação nos cartéis. Mas a realidade é que, em regra, os danos são muito mais altos que as multas aplicadas. As empresas, principalmente as de grande porte, participantes de grupos econômicos com atuação diversificada, têm uma grande quantidade de ativos líquidos. As multas, nesse caso, representam parcela relativamente pequena do faturamento de todo o grupo. Assim sendo, elas podem não ser eficientes para deter cartéis (BRASIL, 2014).

No entanto, foi entendido que a fundamentação da multa com base exclusivamente no dano causado ou na vantagem auferida pode ser contraproducente, já que a mensuração do dano e da vantagem auferida possui dificuldades práticas, o que poderia dificultar a punição dos ofensores. Em razão disso, na sua visão, não seria ruim a fixação de outros parâmetros para a dosimetria da multa:

542. Mas as multas apropriadas são decididas para cada caso em particular, dependendo de uma série de variáveis, entre as quais a gravidade da infração cometida. Os fatores que devem ser levados em consideração estão estabelecidos no art. 45 da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

543. Ao estabelecer essa forma de imposição de sanções às empresas que cometem infrações à ordem econômica, entre as quais está a formação de cartel, o legislador brasileiro foi sábio e caminhou ao encontro dos anseios da população, a quem interessa o combate eficaz às infrações. Essa afirmação decorre do fato de que basear as multas em ganhos das empresas participantes do cartel ou em danos causados por elas é uma tarefa árdua, já que é difícil fazer esses cálculos. Essas dificuldades para estimar os valores podem fazer com que os participantes acabem não sendo punidos. Com isso, a própria eficiência do sistema de defesa da concorrência poderia ser afetada (BRASIL, 2014).

Nota-se que, por questões de praticidade, a autoridade brasileira tem comumente desconsiderado o critério da vantagem auferida e aplicado uma alíquota dentro do intervalo limitado pelo art. 37, I, da Lei nº 12.529/2011, sobre uma determinada base, como, em regra, o faturamento bruto do ramo de atividade do exercício anterior ao da instauração do inquérito administrativo, aliado com outros critérios presentes no art. 45.

Mesmo com esse posicionamento predominante, houve votos vencidos que buscavam considerar a vantagem auferida, como no Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, por exemplo. No voto vencido da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin, buscou-se aplicar a penalidade pecuniária com base na vantagem auferida pelos infratores:

113. No tocante à dissuasão, esta deve alcançar a todos: tanto aos que cometeram o delito, quanto aos que pensam na possibilidade de cometê-lo. Ou seja, a dissuasão deve ocorrer com relação a todo e qualquer empresário. Afinal, a

simples observação, por parte do agente econômico, da atuação contundente do Estado sobre outrem, o faz perceber que tal atuação pode incidir sobre ele próprio, o que por si só é um inibidor. Neste sentido, é indubitável que a sanção pecuniária (total entre as esferas) precisa ser maior do que a vantagem auferida pelo cartel. Até porque, se o Cade assim não fizer, estará se esquivando de zelar pelos consumidores que tiveram que sair do mercado por causa do cartel. Caso o Cade não atue efetivamente, a sanção jamais será dissuasória (BRASIL, 2016b).

No caso em questão, o entendimento do CADE foi aquele previsto no voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior prevaleceu, por maioria:

13. A utilização de métodos de vantagem auferida tem limitações conceituais e técnicas que, a meu ver, diminuem a segurança jurídica e prejudicam a fixação de uma multa efetivamente dissuasória. Além do problema basilar acerca da disponibilidade e da confiabilidade dos dados utilizados e utilizáveis em uma determinada estimativa e da dificuldade de se manejar sobrepreços que variem ao longo do tempo, entendo que há preocupações adicionais que devem ser tomadas nas tentativas de estimação em condutas anticompetitivas. (...)

14. Primeiramente, há de se compreender que a sanção é um conjunto multidimensional em que a vantagem auferida é apenas um dos elementos que integram os critérios de dosimetria do art. 45 da Lei 12.529/11. O cálculo da vantagem auferida deve ser realizado como parâmetro de dosimetria, ou seja, o resultado encontrado deve ser cotejado com todos os demais incisos do art. 45 da Lei 12.529/11. Entendo que o cálculo da vantagem auferida por meio da multiplicação de um percentual de sobrepreço ao faturamento anual ou pelas metodologias de peso morto apresentadas até então (que, na verdade, servem para estimar dano e não vantagem auferida) não fazem esse cotejo com os demais critérios legais de dosimetria. Por isso, o cálculo da vantagem auferida per se e sem qualquer ponderação em relação aos demais pode ser ilegal, seja pela inobservância dos demais critérios legais, seja pela ofensa ao princípio da proporcionalidade. (...)

30. Acho de extrema relevância que tais exercícios estimativos continuem sendo feitos para aprimorarmos a discussão e, quem sabe, encontrarmos parâmetros mais seguros que apontem para um valor próximo àquele que reflita o ganho das empresas que participaram do cartel. Contudo, no presente caso, não me sinto confortável em acompanhar cálculos baseados em premissas que não forneçam segurança jurídica às conclusões, podendo comprometer, portanto, toda a estimativa. Por isso, farei minha sugestão de multa com base na metodologia estabelecida no art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11 – “no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”, já que a parte final do dispositivo “quando for possível sua estimação [da vantagem auferida]” não é aplicável no caso concreto pelos motivos expostos neste voto (BRASIL, 2016b).

Vê-se que o aludido dispositivo normativo prevê o critério da vantagem auferida “quando for possível sua estimação”. Dessa forma, a lei permite que a autoridade da concorrência brasileira adote um critério mais simples e prático de calcular a penalidade.

Duarte, Mello e Taufick (2018, p. 3-4) entendem que não houve equívocos do legislador ordinário ao estabelecer como parâmetro a vantagem auferida como critério de dosimetria da

penalidade e o que há é uma posição institucional do CADE em optar por um critério mais simples e com maior facilidade de mensuração.

A fim de se dar maior segurança jurídica sobre os parâmetros a serem considerados na aplicação de penalidades, a redação original do PL nº 283/2016 previa a alteração do art. 37, I, da Lei nº 12.529/2011, a fim de se considerar não só o faturamento no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, mas também em todos aqueles em que ocorreu a infração:

*Art. 37
I -no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo bem como nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa (BRASIL, 2016)*

Na justificativa do PL nº 283/2016, está clara a preocupação do legislador em incrementar o papel repressivo na política antitruste, especialmente quando se compara a multa efetivamente aplicada e prevista na Lei nº 12.529/2011 com os ganhos potenciais obtidos pelos infratores contra a ordem econômica. Com efeito, já se propõe a aplicação da penalidade de acordo com o tempo de duração da infração, como se vê no trecho a seguir:

*Tal medida se justifica em razão da importância da necessidade de atuação pública e privada para efetiva dissuasão das condutas ofensivas à ordem econômica. O atual teto da multa administrativa (20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo) e a incipiência das ações privadas servem de incentivo à prática de infrações à ordem econômica, pois os efetivos ganhos de uma infração bem-sucedida e duradoura muitas vezes são maiores que a potencial sanção a ser imposta aos autores da infração.
A literatura econômica, em análise empírica de casos internacionais de cartel, constatou que o sobrepreço médio decorrente de cartéis gira em torno de 20% (vinte por cento). Em um contexto de longa duração de um cartel, por exemplo, o atual teto da multa limitado a 20% do faturamento do último exercício não será superior aos ganhos decorrentes do sobrepreço, o que torna a prática ilícita vantajosa mesmo em um contexto de imposição de multa pelo CADE.
Neste sentido, o presente projeto prevê a alteração do art. 37, I da Lei n. 12.529/2011 que tem como objetivo tornar o cálculo da multa decorrente da infração a ordem econômica proporcional ao seu tempo de duração. A vantagem auferida pelos autores da infração não pode ser superior à multa, pois do contrário sempre existirá um incentivo ao dano. A alteração no cálculo da multa pretende coibir tal estímulo, tornando ainda mais grave a penalidade prevista em caso de condutas ofensivas à economia (BRASIL, 2016).*

No entanto, as considerações supracitadas foram abandonadas no decorrer do processo legislativo. No Parecer (SF) nº 30/2018, foi considerado que a nova redação do art. 37, I, da Lei

nº 12.529/2011, dificultaria a imposição de multas pelo CADE. Em suas razões, o parecer ressalta que a autoridade da concorrência brasileira já leva em consideração o período de ocorrência do ilícito, de acordo com os requisitos trazidos pelo art. 45, da Lei nº 12.529/2011. Com isso, prevaleceu a manutenção da redação atual do art. 37, da Lei nº 12.529/2011:

Inicialmente, sugere-se a supressão do art. 1º do PLS. Isso porque, a alteração pretendida pelo art. 1º do PLS no 283, de 2016, ao art. 37 da Lei nº 12.529, de 30 de dezembro de 2011, dificultará a imposição de multas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), uma vez que eleva o tempo de duração do cartel — que é sempre questão de difícil comprovação — à condição de elemento central da dosimetria.

No sistema vigente, o CADE já leva em consideração, quando possível, o tempo de duração da infração, em conjunto com outras variáveis previstas no art. 45 da Lei nº 12.529, de 2011. A redação atual do art. 37, que é muito semelhante àquela encontrada em outras jurisdições com experiência na defesa da concorrência, já permite ao CADE aplicar penalidades rigorosas e diferenciadas, de acordo com a gravidade da situação, o que inclui o tempo de duração do cartel.

Por essas razões, é desnecessária a alteração proposta pelo art. 1º do PLS (BRASIL, 2018a).

Novamente, no Parecer (SF) nº 122/2018 predominou-se o posicionamento pela supressão das alterações do art. 37, I. Nesse sentido, foi lembrado o posicionamento jurisprudencial da autarquia, que, na sua visão, consideraria o tempo de duração da infração como parâmetro para a fixação de penalidades, bem como a dificuldade de se comprovar com exatidão o referido período:

Quanto ao mérito, a CCJ entendeu que o PLS em exame merece ser aprovado, porém com emenda supressiva que foi aprovada por aquela Comissão. O art. 1º do PLS nº 283, de 2016, propõe alterar o inciso I do art. 37 da Lei nº 12.529, de 2011, para estabelecer que o percentual da multa – 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) – seja aplicado não somente ao faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, mas também nos demais exercícios de efetiva atuação do cartel.

Embora a conduta de cartel deva ser fortemente reprimida, pois lesa a concorrência e prejudica a sociedade e o Estado, que pagam preços mais altos pelos produtos que adquirem ou mesmo deixam de adquiri-los, quase sempre a duração do cartel é de difícil comprovação. Assim sendo, levar a duração do cartel à condição de elemento central da dosimetria não seria o melhor caminho. Outrossim, o CADE já leva em consideração, quando possível, o tempo de duração do cartel para fins de aplicação de suas multas quando analisa os critérios de dosimetria da pena previstos no art. 45 da Lei nº 12.529, de 2011 (BRASIL, 2018b).

Nota-se que as alterações promovidas pelo PL nº 283/2016, inicialmente, traziam disposições tanto para a dosimetria de multas aplicadas ao cartel, isto é, para o *public enforcement*, quanto para a responsabilização civil dos infratores que incorressem em tal

conduta, e em especial o do signatário dos acordos celebrados no âmbito do CADE, bem como novas regras de prescrição, que dizem respeito ao *private enforcement*.

Com a supressão da redação proposta para o art. 37, I, o PL nº 283/2016 passou a focar mais na atuação privada, a despeito de manter algumas preocupações com as medidas públicas, especialmente quando esta, de alguma forma, interaja com a atuação privada, como é o caso da manutenção dos incentivos para a celebração do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação e a possibilidade de fundamentação de tutela de evidência com base em decisão condenatória definitiva prolatada no Plenário do CADE.

No entanto, percebe-se que questões sobre a dosimetria da multa ainda permanecerão abertas, especialmente sobre os parâmetros temporais da conduta e sobre o mercado em que está inserido o infrator, isto é, sobre o ramo de atividade ou se sobre o mercado relevante.

2.2. Acordo de leniência

São várias as dificuldades encontradas pelas autoridades da concorrência para conter e reprimir a prática de ilícitos contra a ordem econômica. Ressalta-se que muitos desses empecilhos encontrados por essas entidades correspondem à escassez de recursos humanos, físicos e orçamentários.

Além disso, destaca-se a complexidade de muitas infrações. Como exemplo, cita-se o caso dos cartéis, onde se encontra a dificuldade em reunir provas suficientes para a condenação dos participantes do conluio, principalmente em razão da informalidade e da dissimulação dessa conduta.

Com isso, meios tradicionais de obtenção de provas se mostram inadequados e ineficazes para a repressão de condutas como o cartel. Andrade e Rodrigues (2016, p. 126) lembram que essa conduta é “*parte de um novelo criminoso mais complexo*”, onde há diversas outras práticas ilícitas, como lavagem de dinheiro, corrupção e evasão fiscal, o que justificaria ainda mais condutas informais e dissimuladas pelos infratores.

Entretanto, é possível que todas as dificuldades supramencionadas sejam atenuadas. E uma importante forma de mitigação desses empecilhos são os programas de leniência. O acordo de leniência, para Marrara (2015, p. 331), é um instrumento pró-consensual do direito administrativo concorrencial em que um particular, desde que figure como coautor de uma

infração concorrencial, propõe-se a colaborar com o Estado no exercício do seu controle repressivo para beneficiar-se da redução ou da extinção da punibilidade administrativa.

Oliveira e Rodas (2004, p. 253) consideram que o acordo de leniência é uma transação entre o Estado e o colaborador que participou da conduta denunciada, que cede informações que viabilizam a instauração e a celeridade do processo para aplicação de penalidades em troca de um abrandamento ou extinção da sanção em que incorreria.

O que se visa com essa transação é encorajar um membro de um cartel a se qualificar e a confessar a prática colusiva. Com isso, busca-se a obtenção de provas concretas que forneçam elementos contundentes para o processamento e a condenação dos infratores à ordem econômica.

Assim, a finalidade dos acordos de leniência é gerar desestabilização do cartel por meio da desconfiança entres os seus membros, o que ocasionaria uma “corrida” à delação, já que somente o primeiro proponente pode ser beneficiado pelo instituto.

Com isso, os programas de leniência são encarados como instrumento para persecução dissuasão de práticas colusivas como o cartel. A sua função é incrementar o poderio estatal para dissuadir e perseguir condutas colusivas que impactam negativamente o ambiente econômico.

No caso brasileiro, para estabelecer a ordem de infratores que se qualificaram para celebrar o acordo de leniência, o CADE utiliza o sistema de senhas conhecidos como “*marker*”. Com isso, considera-se a qualificação do infrator ocorrida na data do registro da senha e a ordem de preferência segue a ordem cronológica desses registros.

A criação de um programa de leniência antitruste brasileiro se deu em um período de crescente deste instrumento em diversos países. A OCDE (2013, p. 13-15) apresentou um estudo baseado em cinquenta e quatro jurisdições e identificou um aumento na criação de programas de leniência ao redor do mundo no período que vai de 1998 a 2011. Dentre os países analisados, houve um crescimento de 72% daqueles que o implementaram no período nesse período, dentre eles, o Brasil.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a prever o instituto pela primeira vez em 2000, por meio da Medida Provisória nº 2.055, regulamentada pela Portaria do Ministério da Justiça

nº 849/2000. Posteriormente, houve sua conversão na Lei nº 10.149/2000, que incluiu os artigos 35-B e 35-C na Lei nº 8.884/1994, antiga Lei nº 12.529/2011:

Art. 35-B: A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais coautores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

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

Mesmo com a substituição da Lei nº 8.884/1994 pela Lei nº 12.529/2011, houve manutenção do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, que passou a ser regido pelos arts. 86 e 87, da Lei nº 12.529/2011, e pelos arts. 237 ao 251, do RICADE.

No caso brasileiro, a Superintendência-Geral é o órgão do CADE responsável pela celebração do acordo de leniência, que a extinção ou a redução da punibilidade de 1 (um) a 2/3 (dois terços) por parte do Tribunal Administrativo. No entanto, para que o infrator faça jus ao benefício, ele deve colaborar para a identificação dos demais envolvidos na infração à ordem econômica e para a obtenção de informações e documentos que comprovem a materialidade da infração:

Art. 86: O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

(...)

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

A Lei nº 12.529/2011 fixa requisitos para celebração do acordo de leniência, dentre as quais: que (i) o proponente seja o primeiro a se qualificar relativamente à infração e (ii) cesse por completo seu envolvimento na infração noticiada, que a (iii) Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para garantir a condenação e que (iv) o proponente confesse sua participação na infração e colabore com as investigações e com o processo administrativo:

Art. 86: (...)

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo;
e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Como dito anteriormente, somente o primeiro infrator que cumprir os requisitos supracitados obterá os benefícios dentro do prazo estipulado. No entanto, um infrator retardatário somente celebrará o acordo de leniência na hipótese de seu antecessor não respeitar as exigências da Superintendência-Geral ou ter sua proposta rejeitada ou se delatar outra infração à ordem econômica, o que configurará como leniência *plus*:

Art. 86 (...)

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

O que se procura com a leniência *plus* é incentivar a denúncia de outro conluio que não é do conhecimento da autoridade de defesa da concorrência. Assim, o que se busca são denúncias em cascata, especialmente quando um membro de um cartel participe de múltiplas infrações colusivas.

Como consequência da existência do instituto, espera-se a otimização de recursos para identificar e reprimir condutas concertadas. Nesse sentido, Azevedo (2014, p. 279), entende

que o acordo de leniência reduz os custos de obtenção de provas e informações sobre a infração, e possibilita a redução da formação de cartéis, o que, por si só, já seria um efeito indireto mais importante que a detecção dessa infração.

Com isso, o programa de leniência parece ser um instrumento determinante para o aumento da probabilidade de detecção de cartéis pela autoridade da concorrência, pois, ao premiar os próprios infratores, isto é, permitir a diminuição ou extinção da punibilidade, espera-se que haja incentivos para delação do ilícito.

Assim, ressalta-se que o acordo de leniência tem sido considerado como um componente do *enforcement* público com o intuito de incrementar o poderio estatal para a dissuasão e repressão de práticas colusivas anticoncorrenciais.

3. PRIVATE ENFORCEMENT

Primeiramente, é importante definir o que vem a ser o *private enforcement* no direito concorrencial. De acordo com a OCDE (2015, p. 2) e Wils (2017, p. 3), o *enforcement* privado corresponde às ações promovidas por particulares com o fim de ressarcir os prejuízos causados por infrações à ordem econômica. Segundo Connor (2012, p. 09), o país onde o *private enforcement* é mais utilizado são os Estados Unidos, onde compreendeu, até 2012, 90% de todas as ações.

Além de ajuizamento perante o Poder Judiciário, nada impede que, alternativamente, o *private enforcement* seja intentado por vias extrajudiciais ou que a própria autoridade antitruste propicie o ressarcimento dos lesados.

No direito brasileiro, a Lei nº 12.529/2011 tem previsão expressa sobre o direito dos prejudicados pleitearem em juízo as indenizações devidas e a cessação das práticas que infringem as regras de proteção da ordem econômica:

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.

Dessa forma, percebe-se que o legislador ordinário visou reafirmar o direito dos ofendidos em ter seus danos reparados. Isso porque os prejudicados poderiam se valer das regras gerais do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor para pleitear a reparação. Em relação ao primeiro diploma normativo, os arts. 186, 187 e 927 poderiam fundamentar juridicamente o pedido, enquanto a legislação consumerista tem o art. 6º, VI, VII para esse fim.

Porém, o art. 47, da Lei nº 12.529/2011, reforça a importância do *private enforcement* na política de defesa da concorrência. Em outras palavras, na medida em que a política antitruste seja regida pela Lei nº 12.529/2011, torna-se claro que a reparação de danos decorrentes de violações à ordem econômica é um de seus objetivos.

Na prática, as ações reparatorias podem ser individuais ou coletivas. Nas primeiras, os consumidores ou qualquer prejudicado compõem o polo ativo da ação. Na segunda, uma entidade representa os prejudicados, que no caso de procedência da demanda, se beneficiarão da sentença de mérito. A vantagem das ações coletivas é poder agregar vários pedidos

indenizatórios menores em um único pedido, o que impactaria na decisão de condutas anticoncorrenciais (OCDE, 2007, p. 16-17; OCDE, 2018, p. 66-67), especialmente se forem ações coletivas *opt-out*.

O relatório da OCDE “*Individual and Collective Private Enforcement of Competition Law: Insights for Mexico*” (OCDE, 2018, p. 117) sugere a divisão de tais ações em duas categorias: *follow-on* e *stand-alone*. As primeiras se referem àquelas que são ajuizadas a partir das investigações conduzidas pela autoridade antitruste, situação na qual a decisão administrativa se mostra um importante meio de prova do ilícito na esfera judicial. As segundas são ações promovidas por particulares na ausência de qualquer *enforcement* público, quando serão necessárias a produção de provas do ilícito por parte dos autores.

No entendimento manifestado no relatório da OCDE (2018, p. 25), ao contrário do *public enforcement*, que visa proteger o interesse público dos mercados competitivos para garantir o bem-estar geral, o *private enforcement* busca proteger interesses privados. Para a entidade, ao visarem resguardar esses interesses privados, elas contribuem com os objetivos de interesse público ao permitir que os tribunais eliminem condutas anticoncorrenciais.

Assim, as ações judiciais intentadas por particulares têm como função primária a reparação dos danos causados pelos infratores à ordem econômica. No entanto, não é desprezível a função dissuasória que a indenização civil pode vir a ter sobre a conduta de potenciais infratores, especialmente quando se cumula a ela a sanção pecuniária imposta pela autoridade de defesa da concorrência.

De acordo a OCDE (2018, p. 25-26), as indenizações civis podem preencher o “*enforcement gap*”, isto é, complementar a subaplicação do *public enforcement*. A partir daí, seria possível pensar em sistemas em que as indenizações não fossem úteis apenas para compensação dos danos, mas também para dissuasão, como é o caso do *treble damages* dos Estados Unidos. No mesmo caminho, Peyer (2011, p. 653) entende que as indenizações poderiam ser uma forma de compensar as multas subótimas aplicadas pelas autoridades de defesa da concorrência.

Especialmente em relação às ações *follow-on*, a disponibilidade de provas obtidas no processo administrativo ou penal pode ter relevância para tais ações no âmbito civil. Crane (2009, p. 29-30) acredita que ações *follow-on* têm um importante potencial dissuasório em razão

da possível obtenção de provas por meio do acordo de leniência, o que tornariam frágeis as defesas judiciais e forçaria os réus a buscar a autocomposição.

Peyer (2011, p. 652) também considera que as ações *follow-on* permitem uma adição no efeito dissuasório, além de propiciar a compensação dos danos. Além disso, a OCDE (2007, p. 9) reconhece que as ações privadas poderiam reforçar a dissuasão ao aumentar a probabilidade de detecção da conduta e a diminuição dos ganhos decorrentes do ilícito, além de contribuir para maior conscientização sobre as normas de defesa da concorrência.

No entanto, Crane (2008, p. 35) destaca que as ações privadas possuem limitações que não podem ser negligenciadas, como a impossibilidade de compensação do peso morto produzido por cartéis, o que faria com que as ações privadas tenham importância secundária ao *enforcement* público.

Lande e Davis (2008, p. 884) ressaltam que as principais críticas feitas ao *private enforcement* são que ele não assegura a reparação real dos prejudicados e colabora a um nível aquém do necessário ao *enforcement* público. No entanto, os autores não concordam com tais críticas, sugerindo que as ações privadas podem ser mais dissuasórias e apresentar resultados mais satisfatórios que as ações públicas⁴ (LANDE e DAVIS, 2008, p. 895-897). Assim, suscita-se a possibilidade de o *enforcement* privado possuir um papel dissuasório, ainda que secundário.

Por fim, a OCDE (2018, p. 26) aponta alguns benefícios ao se desenvolver um sistema com *private enforcement*: (i) uma alternativa de atuação contra práticas anticoncorrenciais mais descentralizadas em situações em que há a captura de órgãos e entidades públicas responsáveis pelo *enforcement* público; e (ii) a diminuição do impacto de eventual falha da autoridade da concorrência em investigar e punir determinada uma conduta.

Por outro lado, ressalta-se que as ações reparatórias têm algumas limitações. Crane (2008, p. 35) lembra que as ações privadas não compensam o peso morto, além de seu caráter

⁴ O cálculo compreendeu o período entre 1990 e 2008 e os resultados apontaram que as ações privadas geraram condenações que totalizam um valor entre US\$ 18 bilhões e US\$ 19,6 bilhões nos Estados Unidos. Já as multas aplicadas pelo DoJ no mesmo período correspondem à quantia de de US\$ 4,2 bilhões. As penas privativas de liberdade cumuladas resultaram em sanções de 428,6 anos de reclusão. Foi considerado que um ano de reclusão equivaleria à US\$ 5 milhões e que as penas privativas de liberdade equivaleriam em multas de US\$ 2,1 bilhões. Somadas as multas e os equivalentes da pena privativa de liberdade, os valores ficariam próximos à US\$ 6,4 bilhões, aquém dos US\$ 18 bilhões das ações de reparação. Na metodologia usada pelos autores, só foram contabilizadas as ações que garantiram o ressarcimento de no mínimo US\$ 50 milhões. Além disso, o valor de US\$ 18 bilhões não foi corrigido pela inflação.

secundário em relação ao *enforcement* público. Dessa forma, é importante desenhar mecanismos que garantem a cooperação de medidas públicas e privadas.

Além disso, o *enforcement* privado, apesar de ser mais difuso e envolver mais agentes, não contempla os mesmos poderes investigativos que o público possui. A autoridade da concorrência, ao contrário, tem meios para solicitar informações, fazer buscas e apreensões, trabalhar com outras entidades estatais investigativas, nacionais ou estrangeiras, além de possuir quadro de pessoal especializado em matéria concorrencial, o que a permite agir de forma centralizada. Dessa forma, focalizar diversas funções na atuação privada pode ser contraproducente.

Apesar da importância das ações privadas para a reparação dos danos dos prejudicados e, como efeito secundário, a dissuasão dos infratores, vários empecilhos podem impedir ou dificultar o desenvolvimento do *private enforcement*. Para Crane (2008, p. 20-28), as principais dificuldades encontradas para a efetivação das ações reparatórias são o baixo desenvolvimento das ações coletivas, o acesso de informações e provas da conduta ilícita e a falta de familiaridade dos órgãos do Poder Judiciário.

Objetivando a promoção do *private enforcement* no Brasil, várias medidas estão sendo implementadas. Nesse contexto, chama-se a atenção para o planejamento estratégico do CADE relativo ao quadriênio 2017-2020, onde a autarquia se comprometeu a incentivar o *enforcement* privado.⁵

Nesse sentido, como tratado no subcapítulo nº 1.1.3, o CADE, nos autos do processo nº 08700.007941/2016-64, promoveu um estudo conhecido como “*Articulação entre as perseguições públicas e privadas a condutas anticompetitivas: Estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil*”. Este estudo sugeriu a alteração das regras sobre responsabilidade civil e culminou com a apresentação da minuta da Resolução nº 21/2018, que posteriormente foi publicada para regulamentar o acesso de provas obtidas pelo CADE pelas vítimas de condutas violadoras da concorrência.

⁵ Para verificar mais informações sobre o planejamento estratégico do CADE relativo ao quadriênio 2017-2020, acessar <http://www.cade.gov.br/noticias/aprovado-planejamento-estrategico-do-cade-ate-2020>

Ademais, como já mencionado, tramita no Congresso Nacional o PL nº 283/2016, que altera o prazo prescricional para as ações privadas de ressarcimento, institui o *double damages* e fundamenta a concessão de tutela de evidência com base na decisão condenatória do CADE.

Por fim, destaca-se o Guia “*Ação Privada de Reparação de Danos por Cartéis*”, desenvolvido em 2018 pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), do Ministério da Fazenda, que (i) apresenta meios de identificação e detecção de cartéis; (ii) métodos de mensuração do sobrepreço decorrente de uma prática colusiva; e (iii) métodos de mensuração do repasse do sobrepreço ao longo da cadeia.

3.1. Dano resultado de um ilícito antitruste

No que diz respeito ao dano decorrente do ilícito antitruste, importa destacar que ele não se confunde com a vantagem auferida pelos infratores. Enquanto a vantagem auferida é utilizada como um dos critérios para a dosimetria da multa, como dispõe os arts. 37, I, 45, III, da Lei nº 12.529/2011, o dano, uma vez dimensionado, será utilizado como parâmetro para a indenização civil das vítimas.

Como será demonstrado neste subcapítulo, o dano concorrencial, em sua totalidade, compreende vários danos menores, tais como: o subpreço praticado contra fornecedores, o sobrepreço praticado contra compradores, o peso morto, o efeito repasse, os danos decorrentes de práticas exclusionárias contra concorrentes e aqueles decorrentes do efeito guarda-chuva.

Entre esses elementos que compõem o dano concorrencial, destaca-se que alguns são apropriados pelos infratores, onde é auferida a vantagem, e outros não. Assim, a quantificação dos danos não se equivale à dosimetria da multa, pois os parâmetros de cálculo de ambas são distintos. Com isso, é possível que o montante do dano seja maior que a multa aplicável por compreender tanto os valores apropriados pelo infrator quanto aqueles não apropriados.

Por outro lado, é possível que os infratores não tenham êxito na consumação da infração, o que não resultaria necessariamente em vantagem auferida ou em dano quantificável. No entanto, a multa seria aplicável na medida que a vantagem auferida não é o único critério a ser considerável na dosimetria da multa, compreendendo hipóteses como a vantagem pretendida pelo infrator e a não consumação da infração, de acordo com o art. 45, III e IV, da Lei nº 12.529/2011.

Quando se discute sobre o *private enforcement* em matéria antitruste, tem-se a necessidade de compreender a composição do dano resultante dos ilícitos anticoncorrenciais. Essa necessidade advém do fato de que os danos oriundos de condutas violadoras da ordem econômica serem relevantes para a fixação do *quantum* indenizatório, seja nos sistemas em que a indenização corresponde à dimensão do dano, ou naquele em que há o *treble* ou *double damages*.

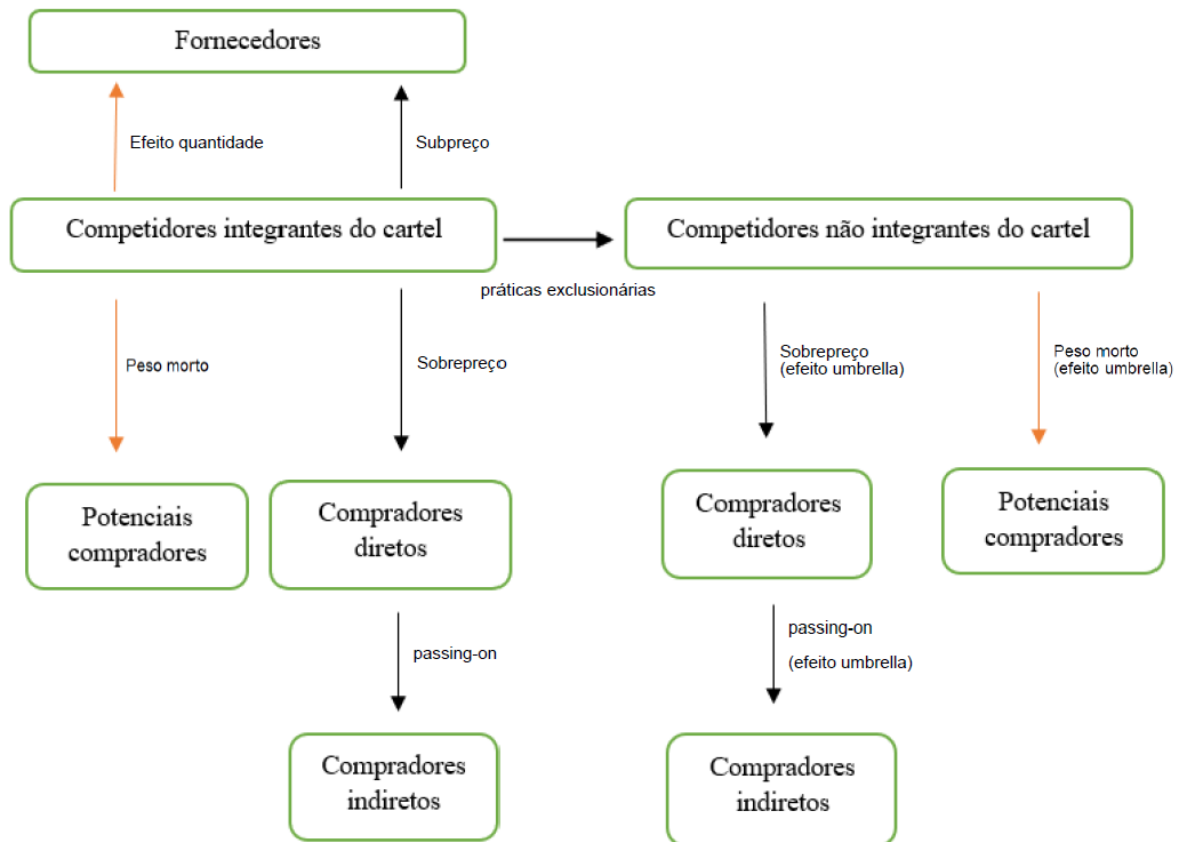
As condutas anticoncorrenciais não são taxativas na Lei nº 12.529/2011. Assim, existe uma variedade de condutas passíveis de infringir legalmente a ordem econômica, desde que produza um dos efeitos previstos no art. 36, da Lei nº 12.529/2011.

Primeiramente, ressalta-se que os efeitos sobre preço e quantidade decorrentes de um ilícito concorrencial tratados neste capítulo e representados nas Figuras 1 e 2, como peso morto e sobrepreço, se materializam em condutas unilaterais e em práticas concertadas. Como este estudo está limitado a condutas colusivas, não será dado foco para os efeitos decorrentes de condutas unilaterais. No entanto, destaca-se que o objeto deste capítulo também é aplicável a esse tipo de conduta.

Feitas as considerações necessárias, passa-se a analisar os componentes do dano de uma conduta colusiva. A figura⁶ abaixo representa os efeitos danosos de um cartel:

⁶ A representação é uma adaptação da versão elaborada por Friederiszick e Roller (2010).

Figura 1 - Danos decorrentes de um ilícito concorrencial



A partir da figura acima, percebe-se que o cartel produz diversos efeitos sobre os vários mercados relevantes, alcançando (i) fornecedores, (ii) competidores não integrantes do cartel, (iii) compradores potenciais e efetivos, diretos e indiretos, dos membros do cartel, e os (iv) compradores potenciais e efetivos, diretos e indiretos, dos concorrentes não integrantes do cartel.

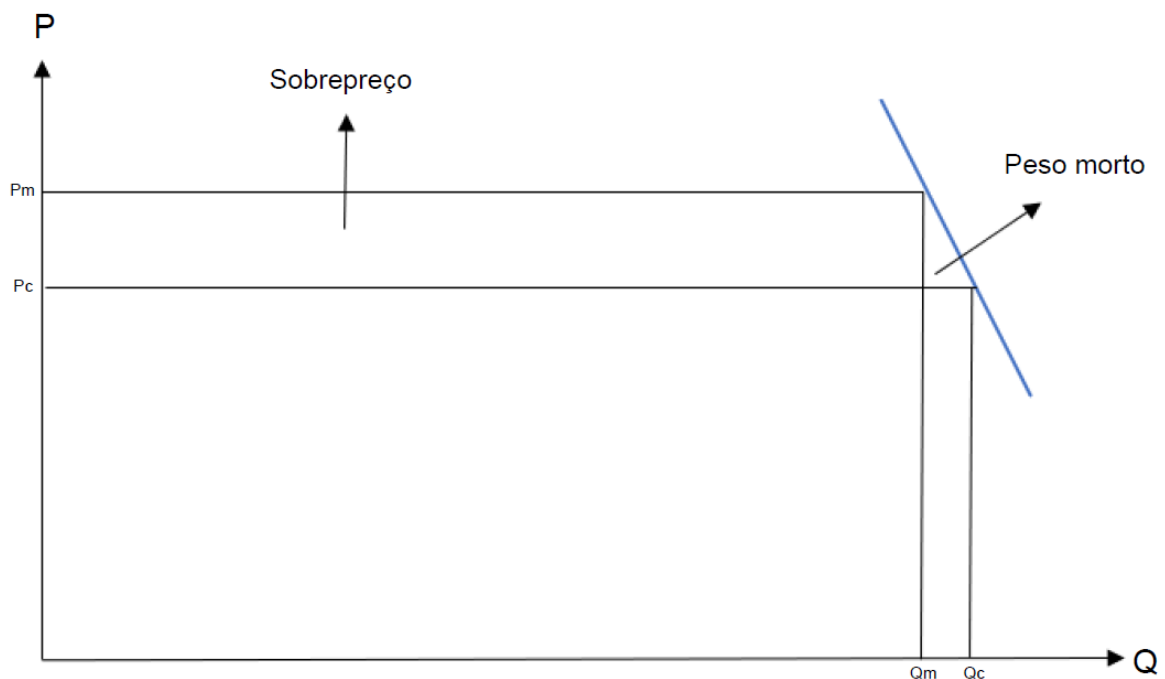
A fim de compreender os danos causados por uma conduta concertada, primeiramente, analisa-se o efeito de um eventual cartel sobre o primeiro mercado a jusante, que sofre dois danos. O primeiro refere-se ao sobrepreço, composto do aumento de preço de produtos em um mercado concertado. A perda de bem-estar dos compradores diretos corresponde à diferença entre o sobrepreço e o preço em um cenário contrafactual, com competição, multiplicada pela quantidade vendida. Tais danos são apropriados pelos integrantes do cartel.

Segundo estimativa da OCDE (2002, p. 7), o sobrepreço produzido seria algo em torno de 10% e os danos totais seriam próximo a 20% do mercado afetado. Para Connor (2004, p. 71), cartéis domésticos têm em média um sobrepreço de 18%, enquanto os internacionais

possuem média de 32%. Connor e Lande (2008, p. 2.214) já estimaram um sobrepreço de 31% e criticaram a presunção das autoridades judiciais americanas de presumirem apenas 10%, aconselhando no mínimo 15% ou 20% para os cartéis domésticos e 25% para os internacionais. Bolotova (2009, p. 338) estima uma média de 20% do preço de venda.

Já o segundo efeito produzido sobre o mercado a jusante é conhecido como peso morto, que consiste em uma perda social, que se traduz na diminuição da quantidade demandada, não absorvida pelo cartel (BRASIL, 2018, p. 27). Em outras palavras, o aumento do preço do bem faz com que eventuais compradores no cenário de preço competitivo deixem de comprá-lo a um preço cartelizado. O peso morto não é apropriado pelos infratores. A Figura 2 ilustra o fenômeno descrito acima:

Figura 2 – Gráfico preço x quantidade em monopólio⁷



O triângulo $(P_m - P_c) \times (Q_c - Q_m) / 2$ representa o peso morto resultante da infração. Nesse caso, o dano é difuso, pois se trata de dano transindividual e sofrido pela sociedade. Na prática, o peso morto corresponde à perda de bem-estar social relacionada à restrição do consumo do produto por parcela da coletividade em decorrência do aumento do preço causado pela infração.

⁷ P_m = Preço no cartel

P_c = Preço no mercado competitivo

Q_m = Quantidade produzida pelo cartel

Q_c = Quantidade produzida pelo mercado competitivo

O caráter difuso do peso morto dificulta ou, no limite, inviabiliza o ressarcimento e a quantificação exata dos danos em uma ação de reparação civil. Com isso, essa parcela do dano concorrencial é o que fundamenta o *public enforcement* da autoridade de defesa da concorrência.

Já o retângulo $(P_m - P_c) \times Q_m$ representa a apropriação ilícita de receita pelos infratores. Essa receita foi obtida em detrimento do bem-estar de compradores e fornecedores ao longo da cadeia produtiva. Ao contrário do peso morto, que representa uma perda social, no sobrepreço os prejudicados podem ser individualmente identificados, o que torna viável o ressarcimento do dano por meio de ações individuais ou coletivas.

Os compradores diretos de um produto ou serviço produzido ou fornecido em um mercado cartelizado podem repassar, total ou parcialmente, o sobrepreço para compradores a um nível a jusante na cadeia se não forem os destinatários finais. Esse efeito é conhecido como “*passing-on*” ou repasse e traz implicações para as ações de reparação civil. Isso porque a prova da ocorrência e da quantificação do repasse é complexa, o que dificulta identificar o escopo de prejudicados pelo ilícito e o valor da indenização de cada um.

Ademais, os infratores também podem exercer poder de mercado a fim de forçar a diminuição no preço (subpreço) de aquisição do bem ou serviço no mercado *upstream*. Essa queda é relacionada ao “efeito preço”, obtido pela diferença de valores entre a quantidade de insumo vendido a um mercado com concorrência e a um mercado cartelizado multiplicada pela quantidade vendida ao mercado cartelizado (BUEREN E SMUDA, 2018, p. 403-404). Assim, como o sobrepreço, os prejudicados podem obter a reparação civil por meio do *private enforcement*.

Além disso, no mercado a montante há a queda do volume de suprimentos vendidos, fenômeno chamado por Bueren e Smuda (2018, p. 403-404) de “efeito quantidade”, mensurado pela diferença no volume de vendas quando se comparam os mercados a jusante em cenários com concorrência e com monopólio, multiplicado pelo preço-custo marginal obtido no mercado a jusante com concorrência. O efeito quantidade decorre da menor demanda dos membros do conluio por insumos em decorrência do peso morto.

O terceiro aspecto do dano originado de um cartel são aqueles destinados aos concorrentes não cartelizados, vítimas de condutas exclusionárias. Geralmente, tais condutas têm o objetivo de evitar guerras de preços futuras, ou punir o concorrente por não aceitar

participar do conluio. Ressalta-se que práticas exclusionárias podem existir com ou sem a presença de um cartel.

Por outro lado, os concorrentes de fora do cartel podem se beneficiar do afrouxamento da concorrência, aumentando os preços de seus produtos, seguindo a elevação de preços dos infratores (FRIEDERISZICK e ROLLER, 2010, p. 10). O preço estabelecido pelo cartel faz com que haja aumento da demanda por substitutos dos produtos produzidos pelos agentes cartelizados. Tal fenômeno é conhecido como efeito guarda-chuva, ou *umbrella effect*, que pode ocorrer no mesmo mercado relevante (GURKAYNAK; YARDIM; KORKMAZ, 2018, p. 9). No efeito guarda-chuva, há também os fenômenos de sobrepreço e peso morto em relação aos adquirentes dos produtos.

Dessa forma, uma vez formado o cartel, o somatório do dano causado pode ser maior que a vantagem efetivamente auferida pelos infratores. Isso se deve ao fato de que apenas parte do dano total causado é apropriado pelos membros do conluio.

A parte apropriada do dano pelos ofensores corresponde ao sobrepreço multiplicado pela quantidade vendida ao mercado *downstream*, aos compradores diretos, e o subpreço multiplicado pela quantidade comprada do mercado *upstream*, isto é, aos fornecedores, e eventuais ganhos conseguidos a partir de práticas exclusionárias contra outros concorrentes dos membros do cartel.

No entanto, outros danos são gerados sem que sejam absorvidos pelos integrantes do cartel, como o peso morto originado do aumento dos preços, a diminuição de volume vendido pelos fornecedores decorrente do “efeito quantidade”, o sobrepreço decorrente do *umbrella effect*, que é absorvido pelos concorrentes não integrantes do conluio, e o peso morto originado a partir do *umbrella effect*.

Dessa forma, percebe-se que os efeitos deletérios do cartel podem se espalhar em diversos mercados relevantes, tanto a jusante quanto a montante, podendo ser apropriado pelos infratores ou não. Compreender esse fenômeno complexo é fundamental para desenhar normas que visem efetivar o *private enforcement*.

Ademais, o dano causado por ilícitos concorrenciais possui uma considerável complexidade e seus componentes são endereçados ou pelo *public enforcement* (peso morto e efeito quantidade) ou pelo *private enforcement* (sobrepreço e subpreço), mas nunca somente

por um deles. Assim, a política de defesa da concorrência não pode desconsiderar a combinação de ambos para que todos os efeitos deletérios das condutas ilícitas sejam enfrentados.

No subcapítulo seguinte, serão debatidas formas de mensurar o dano resultante das infrações aqui discutidas.

3.2. Quantificação dos danos

Como foi visto no subcapítulo anterior, os ilícitos concorrenciais, sobretudo o cartel, são complexos e geram repercussões diferentes nos mercados *upstream*, *downstream* e no próprio mercado relevante.

Assim, ter meios suficientes para dimensionar os danos produzidos por condutas anticoncorrenciais é um estímulo para o desenvolvimento do *private enforcement*. Nesse contexto, diversas autoridades elaboraram guias que auxiliam os particulares a quantificar os danos. A Comissão Europeia elaborou um guia chamado “*Quantifying Antitrust Damages. Towards Non-binding Guidance for Courts*” e a SEPRAC, do Ministério da Fazenda, o “*Manual Advocacia da Concorrência – Cálculo de Danos em Cartéis: Guia Prático Para o Cálculo do Sobrepreço em Ações de Reparação de Danos*”.

De acordo com a União Europeia (2009, p. 16-17), os danos provenientes de abuso de posição dominante geram os mesmos efeitos produzidos pelo cartel. Com isso, haveria a restrição da quantidade produzida e o aumento dos preços, gerando o sobrepreço e o peso morto. Assim, os mesmos métodos para apuração do dano proveniente de cartel trazidos nos dois guias podem ser utilizados para mensurar os danos resultantes de abuso de posição dominante.

Nesse contexto, é importante fazer dois apontamentos relevantes. O primeiro deles é que a maioria dos esforços e dos debates focam nos danos gerados aos níveis finais da cadeia produtiva, com destaque para os consumidores. Como foi demonstrado no item anterior e também ressaltado pela União Europeia (2009, p. 24), os fornecedores também são prejudicados por condutas deletérias à ordem econômica. Dessa forma, a política antitruste de reparação dos lesados deve contemplar os pleitos dos agentes de mercados *upstream* relativamente ao mercado da infração.

O segundo apontamento é sobre quem deve arcar com o ônus da quantificação dos danos anticoncorrenciais. Primeiramente, poder-se-ia atribuir aos próprios prejudicados a

incumbência dessa mensuração, já que são os principais interessados e beneficiados com o *private enforcement*. No entanto, se as vítimas encontrarem dificuldades em obter elementos que possibilitam a quantificação do dano, bem como incorrerem em altos custos com peritos na fase instrutória do processo judicial, a alocação desse ônus pode prejudicar o *private enforcement*. Com isso, a incumbência quase que exclusiva aos lesados pode dificultar a efetividade das ações reparatórias.

Por outro lado, poder-se-ia pensar em um sistema em que a autoridade da concorrência auxiliasse ou até mensurasse o dano concorrencial da infração por ele investigada. Como vantagem, auxilia-se o desenvolvimento do *private enforcement* ao possibilitar maiores chances dos prejudicados em ter seus prejuízos ressarcidos. Outra vantagem da participação da entidade estatal na quantificação dos danos seria dar maior controle a ela sobre o equilíbrio entre o *enforcement* público e privado.

Assim, ao concentrar os dois *enforcements* na mesma autoridade, ter-se-ia maior segurança jurídica sobre as recompensas positivas e negativas em infringir a lei antitruste e em aderir às suas transações, como o acordo de leniência e TCC. Por outro lado, aumentar-se-ia os custos operacionais da autoridade da concorrência, que precisará de mais recursos humanos e orçamentários para auxiliar os ofendidos.

No caso brasileiro, a Lei nº 12.529/2011 possibilita a intimação do CADE para assistir uma determinada parte se a ação judicial. Dessa forma, a legislação permite que a autoridade da concorrência brasileira assista um prejudicado na quantificação do dano na esfera judicial:

Art. 118. Da LDC: Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Como dito anteriormente, a Comissão Europeia e a SEPRAC elaboraram guias que auxiliam a quantificação dos prejuízos causados por condutas violadoras da ordem econômica. Com o auxílio de ambos os guias, se discutirá sobre os métodos que podem ser utilizados em futuras ações reparatórias, como o comparativo e aquele baseado em estrutura de mercados.

3.2.1 Método comparativo

O método comparativo possibilita quantificar o preço médio resultado de uma infração a partir de dados externos ao dano para dimensionar o cenário contrafactual (UNIÃO EUROPEIA, 2009, p. 44). Há três variantes do método comparativo, que permitem comparar

os dados de um mesmo produto em um mercado geográfico distinto (método *yardstick*), ao longo do tempo (método de séries cronológicas) ou com a junção dos dois (método das diferenças nas diferenças).

Em todos eles a utilização de grupo de controle e grupo de tratamento, sendo o primeiro o mercado onde não há suspeita de ocorrência de infração contra a ordem econômica e o segundo onde há indícios dos ilícitos. Algumas condições deverão ser atendidas para escolha para a correta aplicação do método: (i) a existência de cartel deve ser a única variável heterogênea relevante entre os dois grupos; (ii) a estrutura de mercado do grupo de controle e de tratamento precisam ser semelhantes; e (iii) o grupo de controle não deve sofrer influências diretas e indiretas de condutas anticompetitivas (BRASIL, 2018, p. 64-65).

A escolha entre as variantes do modelo comparativo depende das informações disponíveis. Como se mostrará adiante, para o método *yardstick*, é exigido conhecimento de dados de preço de dois ou mais mercados em um mesmo intervalo de tempo, desde que nesse intervalo haja indícios ou provas de ocorrência de cartel grupo de tratamento, sem necessidade de conhecimento de início ou fim do ilícito. Para o método de séries cronológicas, somente o mercado em que ocorre a conduta anticompetitiva é analisado, mas é necessário conhecer os preços em data anterior e/ou posterior à infração.

De todo modo, destaca-se que nem sempre as informações para aplicação de algum das variantes do modelo comparativo estarão disponíveis, visto que as informações relacionadas à prática de cartão são, em regra, muito precárias, e privadas, isto é, de acesso limitado a um ou de poucos agentes do mercado cartelizado.

3.2.1.1 Método *yardstick*

O método *yardstick* consiste em comparar dados de concorrentes ou de mercados de produtos ou áreas geográficas onde há a infração com dados em outro mercado em que não há infração, especialmente se tais mercados são comparáveis em termos de demanda, custo de produção e característica dos produtos (LAITENBERGER; SMUDA, 2015, p. 8-9). Esse método também é conhecido como *cross sectional*. De acordo com Maier-Rigaud e Schwalbe (2013, p. 26), tal método não tem uma dimensão temporal e se baseia em dados obtidos no mesmo intervalo de tempo.

De acordo com a União Europeia (2009, p. 48), uma vantagem do método *yardstick* é que ele não é influenciado pela data de ocorrência da infração. No entanto, a sua principal desvantagem é a de que qualquer diferença entre os dados dos dois mercados é atribuída ao ilícito.

As duas principais técnicas de mensuração do dano nesse método são a comparação de médias e a regressão. A primeira consiste na comparação de uma grandeza, como o preço de um produto, do mercado onde ocorre a infração com a mesma grandeza de um mercado comparável onde não ocorre a infração (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, p. 49). A regressão consiste no uso de métodos estatísticos para explicar a variação de um dado por meio de outras variáveis infração, especialmente onde não é possível encontrar mercados suficientemente semelhantes (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, p. 50).

A tabela 1⁸ ilustra a aplicação desse método a partir da técnica comparação de médias. Nela estão os dados de tempo, os mercados comparáveis e os preços praticados. No eixo vertical, tem-se o tempo, enquanto no eixo horizontal, os mercados relevantes comparáveis:

Tabela 1 - Exemplo de aplicação do método *yardstick*

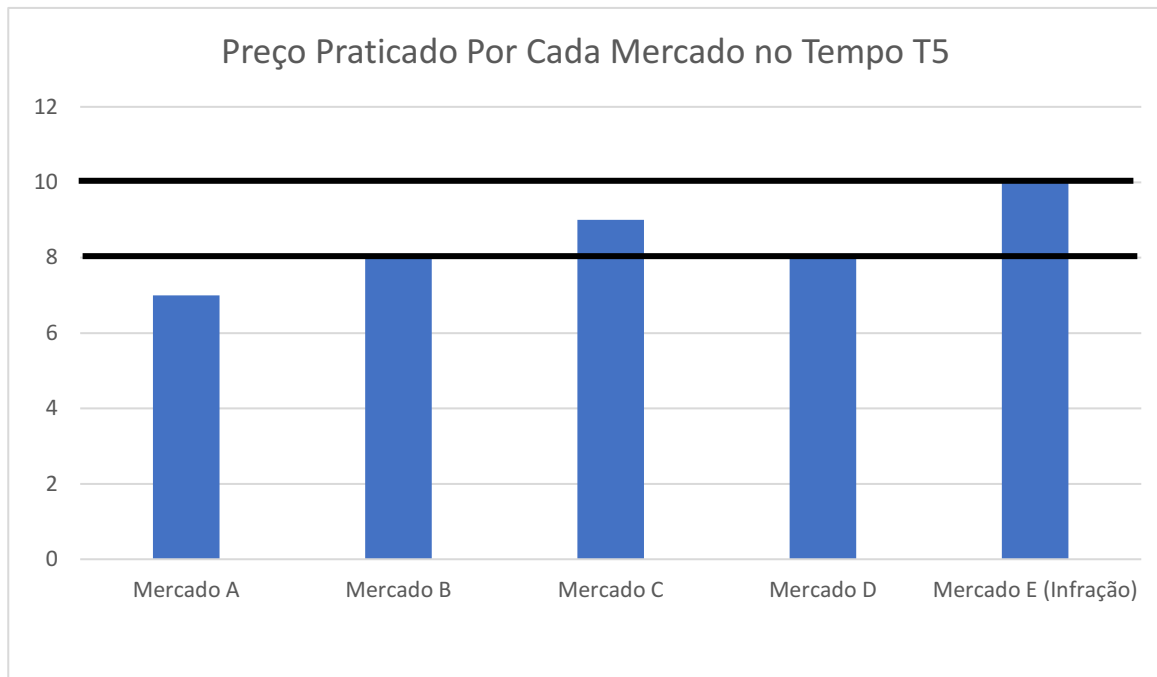
	MERCADOS				
TEMPO	A	B	C	D	E (infração)
T1	Preço 1A	Preço 1B	Preço 1C	Preço 1D	Preço 1E
T2	Preço 2A	Preço 2B	Preço 2C	Preço 2D	Preço 2E
T3	Preço 3A	Preço 3B	Preço 3C	Preço 3D	Preço 3E
T4	Preço 4A	Preço 4B	Preço 4C	Preço 4D	Preço 4E
T5	7	8	9	7	10
T6	Preço 6A	Preço 6B	Preço 6C	Preço 6D	Preço 6E

Com isso, é possível calcular as médias dos preços de cada mercado em determinado período, comparando-se as médias dos valores no mercado concertado e nos mercados competitivos, como se vê no gráfico⁹ abaixo:

⁸ A representação é uma adaptação da versão elaborada pela União Europeia (2009, p. 47).

⁹ A representação é uma adaptação da versão elaborada pela União Europeia (2009, p. 47).

Figura 3 - Exemplo de comparação de médias método *yardstick*



Em síntese, os quatro mercados não cartelizados têm seus preços comparados, em média, com o do mercado cartelizado. Na representação, a média dos preços dos mercados em que não há infração é de 8, enquanto naquele em que há conluio é de R\$ 10. A diferença entre ambos é o sobrepreço incorporado pelos agentes que atuam no “*Mercado E*”.

Por fim, ressalta-se os cuidados que devem ser tomados quando se adota o método *yardstick*. Se um mercado supostamente não cartelizado é comparável ao cartelizado, há razões para acreditar que os incentivos para formação do conluio também estão presentes no primeiro. Com isso, é necessário se atentar aos mercados escolhidos como contrafactual para que não se compare dois mercados cartelizados.

3.2.1.2 Método de séries cronológicas

O método de séries cronológicas consiste em comparar os preços praticados por agentes econômicos de um mesmo mercado no decorrer do tempo, contrastando os dados do período anterior e/ou posterior com os dados do período da infração (LAITENBERGER; SMUDA, 2015, p. 8).

Além disso, diferentemente do método *yardstick*, saber as datas de início e término do ilícito é relevante. Assim como o método anterior, a sua principal desvantagem é a de que

qualquer diferença entre os dados dos dois mercados é atribuída à infração (UNIÃO EUROPEIA, 2009, p. 55).

As técnicas de mensuração do dano são principalmente a comparação de médias e a interpolação. A comparação de médias consiste em comparar os preços do mercado no período anterior e/ou posterior ao ilícito com os dados do mercado durante a infração (UNIÃO EUROPEIA, 2009, p. 56).

A tabela¹⁰ abaixo representa, a título exemplificativo, no decorrer do tempo, os dados de preço de diversos mercados, sendo o “C” aquele em que ocorre a infração.

Tabela 2 - Exemplo de aplicação de séries cronológicas

TEMPO	MERCADOS				
	A	B	C (Infração)	D	E
T1	Preço 1 ^a	Preço 1B	3	Preço 1D	Preço 1E
T2	Preço 2 ^a	Preço 2B	2,9	Preço 2D	Preço 2E
T3	Preço 3 ^a	Preço 3B	3,1	Preço 3D	Preço 3E
T4	Preço 4 ^a	Preço 4B	3,6	Preço 4D	Preço 4E
T5	Preço 5 ^a	Preço 5B	3,65	Preço 5D	Preço 5E
T6	Preço 6 ^a	Preço 6B	3,7	Preço 6D	Preço 6E
T7	Preço 7 ^a	Preço 7B	3,60	Preço 7D	Preço 7E
T8	Preço 8 ^a	Preço 8B	3,5	Preço 8D	Preço 8E

Considerando que o ilícito ocorre entre T3 e T8, bastaria comparar a média dos preços no intervalo T1-T3 com a média de preço no intervalo T3-T8. Por meio das informações acima, percebe-se que é importante ter acesso aos dados sobre o período da infração, bem como os preços praticados antes e durante o conluio. Com o uso da técnica de comparação de médias, a diferença dos preços praticados antes e durante a infração corresponderia ao sobrepreço.

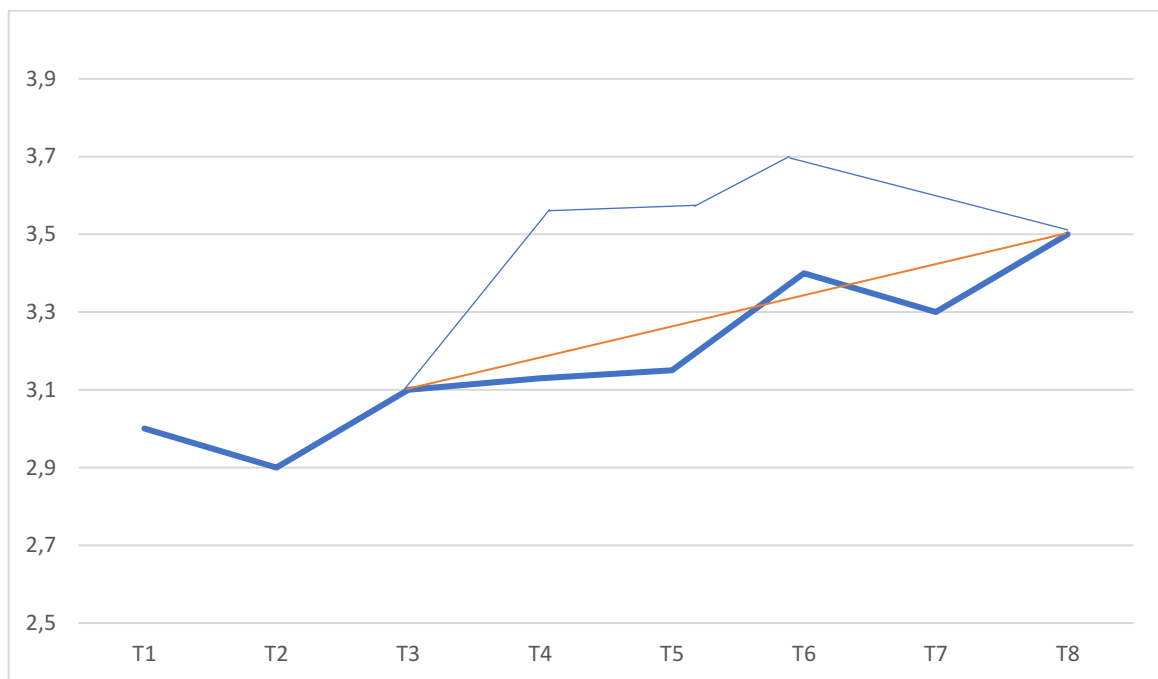
A interpolação se baseia na comparação das médias de preços nos períodos anteriores e posteriores da infração, juntando o preço iniciais e finais para indicar o preço contrafactual,

¹⁰ A representação é uma adaptação da versão elaborada pela União Europeia (2009).

podendo ou não levar em consideração a sazonalidade dos preços no período (UNIÃO EUROPEIA, 2009, p. 56). A partir daí, é possível alcançar o valor do dano por meio da diferença dos preços realmente praticados.

O gráfico¹¹ abaixo representa o fenômeno do preço e o uso da interpolação linear. A infração tem seu início em T3 e seu fim em T8. Os preços praticados pelo conluio estão representados na linha azul fina, retirados da Tabela 2, enquanto a linha azul grossa representa a interpolação sazonal ajustada. A interpolação linear é representada pela linha vermelha.

Figura 4 - Exemplo de interpolação para determinar o contrafactual



Em relação a esse método de séries cronológicas, Maier-Rigaud e Schwalbe (2013, p. 25-26) sugerem se atentar aos preços após o fim do conluio. As razões apontadas são de que os infratores esperam ações reparatórias, o que os incentivam a permanecer com preços de venda altos mesmo com o fim do ilícito. Além disso, mesmo que se inicie uma guerra de preços com o fim da infração, isso não quer dizer que os preços praticados terão correspondência com aqueles anteriores ao ilícito. Nesse sentido, nota-se que os preços pós-infração não corresponderiam perfeitamente àqueles existentes se não houvesse o ilícito, o que limitaria, de alguma forma, o uso desse método.

¹¹ A representação é uma adaptação da versão elaborada pela Comissão Europeia (2010, p. 53).

3.2.1.3 Método diferença-em-diferença

Já o método chamado de diferença-em-diferenças permite a comparação de preços considerando tanto a sua evolução no tempo, por meio da análise da série histórica, quanto a comparação entre mercados com e sem infração.

A Tabela 3¹² representa o método diferença-em-diferenças. Basicamente, ele usa a diferença da média dos preços do mercado em que há a infração entre o período anterior e durante o ilícito, que é representado por $(B - A)$. Este resultado deverá ser subtraído de outra diferença $(D - C)$, que representa a diferença média dos preços no mercado em que não há a infração considerando o período anterior e de duração do ilícito:

Tabela 3 - Exemplo do método diferença-em-diferenças

	Período antes da infração	Período durante a infração	Danos Estimados
Mercado com infração	A	B	$(B - A)$
Mercado sem infração	C	D	$(D - C)$

Esse método é uma melhoria dos métodos *yardstick* e de série cronológica, pois explora as variações dos preços no mercado onde ocorre a infração e os preços do produto de diferentes mercados em uma determinada data (avaliação transversal). No entanto, esse método não consegue distinguir os impactos nos preços causados pela infração daqueles decorrentes de outro fator que afeta o grupo de tratamento, mas não o de controle, no mesmo tempo da infração (UNIÃO EUROPEIA, 2009, p. 61).

3.2.2. Método baseado na estrutura de mercado

Além do método comparativo e suas subespécies, há aquele baseado em estrutura de mercados. Por meio de informações como o número de agentes em um mercado relevante, elasticidade-preço da demanda, nível de homogeneidade dos produtos, dentre outros, é possível

¹² A representação é uma adaptação da versão elaborada por Laitenberger e Smuda (2015, p. 9).

avaliar o comportamento dos agentes de acordo com um determinado modelo clássico predeterminado.

Assim, é possível usar um modelo de mercado contrafactual que melhor descreve o funcionamento do mercado avaliado em um cenário sem a existência do ilícito, como sugerem os manuais da Comissão Europeia e da SEPRAC. Com isso, destaca-se a existência de seis modelos clássicos de estrutura de mercado: o de competição perfeita, competição monopolística, oligopólio de *Bertrand* com produtos homogêneos, oligopólio de *Bertrand* com produtos diferenciados, oligopólio de *Cournot* e monopólio.

Em relação à concorrência perfeita, observa que existiria um elevado número de compradores e produtores, sendo estes tomadores de preços com custos uniformes de produção, atuando em mercado cujo produto é homogêneo.

No mercado de concorrência monopolística ainda há um grande número de vendedores que concorrem por meio da oferta de produtos com um certo nível de diferenciação, permitindo a competição por preço e por características de produtos. Se os consumidores atribuem utilidade às diferentes características, é possível que os preços praticados pelos vendedores se distanciem do custo de produção. Mas se não houver barreiras à entrada, no longo prazo, os preços convergirão ao custo marginal médio do mercado.

No oligopólio de *Bertrand* com produtos homogêneos, há número específico e limitado de competidores que ofertam bens relativamente homogêneos, competição por preços, os comportamentos individuais dos agentes não alteram os preços praticados pelos demais e o preço de equilíbrio será o equivalente ao custo marginal.

Já o oligopólio de *Bertrand* com produtos diferenciados, é possível manutenção de parte da participação no mercado mesmo com aumento de preços, já que alguns adquirentes terão preferência pelas características do bem.

Já no oligopólio de *Cournot*, há um número limitado de concorrentes que definem a quantidade de produto a ser colocada no mercado e as decisões de cada agente não dependem da escolha dos demais. O preço de equilíbrio pode ser diferente do custo marginal a depender do número de competidores no mercado.

Por fim, tem-se o modelo de monopólio. Este é caracterizado quando um agente controla todo mercado de certo produto, que não possui um substituto próprio e o vendedor tem liberdade para decidir o preço ótimo que maximiza seu lucro, sendo, portanto, um formador de preços.

Com efeito, percebe-se que é de extrema importância conhecer o mercado em que ocorre a infração, para que seja possível compará-lo com o modelo de mercado que melhor o descreve. Com isso, várias características são importantes para a decisão de qual modelo adotar como contrafactual, com destaque para o fato de o mercado ter concorrência por preços ou por quantidades, homogeneidade dos produtos, número de competidores no mercado e estrutura de custos dos membros de um mercado.

Nesse sentido, tanto o manual elaborado pela SEPRAC quanto aquele preparado pela União Europeia sugerem alguns modelos supracitados de acordo com as características do mercado em que ocorre a infração. Se há concorrência por preços, modelos de concorrência perfeita, concorrência monopolística ou oligopólios de *Bertrand* são mais adequados. Caso contrário, se a concorrência se dê em termos de quantidade ou de capacidade produtiva, o oligopólio de *Cournot* é melhor modelo contrafactual.

Por outro lado, o grau de homogeneidade do produto deve ser considerado. Enquanto o modelo de concorrência perfeita é melhor quando há bens homogêneos, o oligopólio de *Bertrand* costuma ser melhor para produtos heterogêneos.

Além disso, o número de concorrentes também pode determinar a escolha do modelo. Quando se tem grande número de competidores, os modelos de concorrência perfeita e concorrência monopolística são recomendados, ao passo que quando se têm poucos concorrentes, modelos oligopolísticos de *Bertrand* ou *Cournot* representam melhores esses cenários.

Por fim, os custos dos agentes também importam para escolha do melhor modelo. Em cenários com custos homogêneos e variáveis, a concorrência perfeita ou oligopólio de *Bertrand* são mais recomendáveis. Por outro lado, quando os custos fixos são predominantes, o oligopólio de *Cournot* pode ser mais adequado (BRASIL, 2018, p. 76).

Portanto, o método baseado em estrutura de mercado dependerá do conhecimento, pelo aplicador, de organização industrial, bem como da correspondência entre os mercados

analisados. Ressalta-se que esse método pressupõe algum nível de presunção do seu aplicador, visto que os mercados contrafactuais apenas se aproximam dos mercados analisados.

3.3. Ação coletiva

Como apresentado anteriormente, os prejudicados podem optar por ajuizar ações individuais ou coletivas. Para as ações coletivas, os prejudicados são representados ou substituídos por uma entidade e a sentença de mérito produzirá efeitos sobre eles.

Nesse sentido, importa observar as ações coletivas sob a ótica da análise econômica a fim de investigar os incentivos e as dificuldades que os lesados possuem para ajuizar uma ação reparatória individual.

Como destacado no subcapítulo 3.1, os danos resultantes de um conluio podem afetar diversos agentes em mercados a montante o a jusante. Com isso, é possível que os prejuízos totais de um cartel alcancem um montante considerável, mas em razão da pulverização em vários níveis de mercado e em diversos agentes, o dano seja percebido de forma ínfima quando analisados sob a ótica individual de cada vítima, o que pode afetar no ajuizamento de uma ação reparatória.

Van der Bergh e Visscher (2008, p. 13-14) aduzem que as ações individuais encontram dificuldades em razão da assimetria de informação, da apatia racional e do efeito *free riding*.

No primeiro caso, é possível que consumidores sequer percebam que compram produtos ou serviços provenientes do cartel ou que até identificam a existência do conluio. Com isso, a assimetria informacional seria um elemento proibitivo aos consumidores no que tange a reparação do dano.

Quanto à apatia racional, as vítimas somente ajuizariam ações reparatórias individuais se os benefícios privados superarem os custos privados. Assim, se o dano individual for muito baixo ao ponto de ser inferior aos custos despendidos em uma ação individual, as vítimas não teriam incentivos para pleitear em juízo o ressarcimento.

O *free riding* consistiria na expectativa de que um terceiro ajuíze a ação reparatória e que a vítima de um ilícito antitruste não arque com a totalidade dos custos da ação. Dessa forma, o lesado poderia maximizar os seus ganhos a partir do ajuizamento da ação por um terceiro,

mas isso resultaria em uma busca pela compensação e reparação em um nível socialmente subótimo.

Como lembra a OCDE (2007, p. 16-17), a vantagem de ações coletivas é reunir várias pretensões individuais menores em apenas uma. Essa é uma forma de diluir custos em uma ação e fomentar a reparação de danos, inclusive os pequenos.

Nesse sentido, Hensler (2015, p. 6-7) considera como vantagem das ações coletivas a possibilidade de uma gestão mais eficiente de ações massificadas quando os danos decorrentes do ilícito são baixos, na medida em que o ajuizamento de ação individual para o ressarcimento de pequenos valores pode ser inviável.

Pakamanis (2016, p. 5-6) afirma que, ao viabilizar ações reparatórias de pequeno valor que não seriam intentadas via ação individual, as ações coletivas permitiriam a compensação das vítimas do ilícito e a dissuasão dos infratores.

Nesse sentido, Ulen (2012, p. 77-78) aduz que as ações coletivas possibilitam as eficiências de escala, pois um único ato processual teria que ser executado várias vezes se as ações reparatórias fossem intentadas individualmente.

No entanto, ressalta-se que, por concentrar vários pleitos individuais em um única demanda, a indenização proveniente de uma ação individual pode alcançar grandes montantes, o que pode auxiliar a função dissuasória visada pela autoridade da concorrência. Dessa forma, as ações coletivas podem ter um papel complementar na dissuasão de condutas ilícitas. Nesse sentido, Lande (2016, p. 83) observa que as ações coletivas podem resultar em indenizações elevadas ao ponto de desencorajar condutas anticoncorrenciais.

Quanto à adesão das vítimas, as ações coletivas podem ser da modalidade *opt-in* ou *opt-out*. As primeiras são aquelas em que as vítimas precisam expressamente optar por participar da ação como membros do grupo representado. A decisão judicial vincula apenas as vítimas que optaram pela ação, sendo que aquelas que não optaram podem ajuizar ações privadas (OCDE, 2018, p. 68).

As segundas são ações coletivas em que todas as vítimas que se enquadrem como membro do grupo representado estão vinculadas à decisão dessa ação coletiva, a menos que optem pela ação privada (OCDE, 2018, p. 69).

Destaca-se que as ações *opt-in* podem ser piores às vítimas do ilícito concorrencial por depender da adesão dos prejudicados. Nesse sentido, a inércia dos lesados em optar pela adesão da ação pode limitar a reparação civil, especialmente quando o dano individual é baixo ou as vítimas sequer soubessem da existência da infração contra a ordem econômica. Assim, a adoção das ações coletivas *opt-out* como regra *default* poderia minimizar os efeitos decorrentes da inércia das vítimas sobre a reparação total do dano.

Nesse contexto, a União Europeia tem recomendado aos Estados-Membro adoção de ações coletivas do tipo *opt-in* (UNIÃO EUROPEIA, 2013). No entanto, com base nas justificativas supramencionadas, Juska (2018, 2018, p. 81) considera que as ações *opt-in* são piores que a *opt-out* em razão da dificuldade em atrair os prejudicados a aderir à ação.

No entanto, apesar da citada justificativa econômica sobre as vantagens das ações *opt-out* em relação às ações *opt-in*, ainda não foi possível concluir empiricamente se a adoção do primeiro modelo em detrimento do segundo incrementa a reparação civil das vítimas de condutas deletérias à ordem econômica.

Assim, se os prejudicados forem realmente desincentivados a ajuizarem ações individuais em decorrência da assimetria informacional, do baixo custo-benefício, da inércia em ajuizar a ação e do efeito *free riding*, as ações coletivas poderiam ser mecanismos para propiciar a reparação do dano de lesados ao diminuir os custos individuais dos litígios. Com isso, se a estrutura de incentivos dos lesados for representada pelos empecilhos acima descritos, e se uma política de defesa da concorrência tem como um de seus objetivos a reparação civil das vítimas de condutas anticoncorrenciais, as ações coletivas seriam uma forma de desenvolver o *private enforcement*.

4. INTERAÇÃO ENTRE O *ENFORCEMENT* PÚBLICO E PRIVADO

Ressalta-se que a combinação de *enforcements* é comum em diversas áreas do direito. Por exemplo, um evento danoso proveniente de acidente de trânsito pode ter efeitos administrativos, civis e penais, na medida em que tal fato pode ser resultado de violações de normas do Sistema Brasileiro de Trânsito, de normas penais do Código de Trânsito Brasileiro e da regra geral de responsabilidade civil.

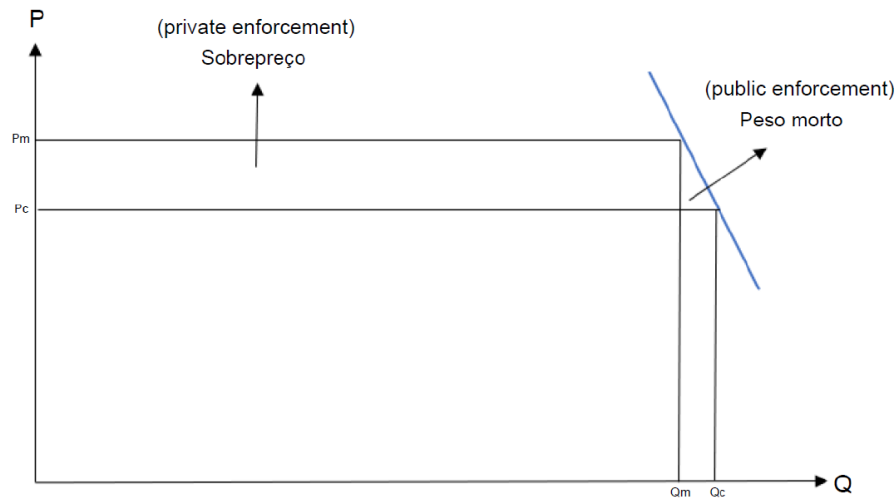
Outro exemplo importante é sobre os atos de corrupção, que alcançam as três supracitadas esferas do direito. A pessoa natural responde criminalmente pelas modalidades de corrupção previstas no Código Penal Brasileiro, enquanto a Lei nº 8.429/1992 estabelece regras para a aplicação de penalidades administrativas e para a reparação do dano. Já a pessoa jurídica, com o advento da Lei nº 12.486/2013, passou a ser responsabilizada civil e administrativamente.

Em relação ao direito da concorrência, o cartel está previsto criminalmente na Lei nº 8.137/1990. A responsabilização administrativa, por sua vez, está prevista na Lei nº 12.529/2011, alcançando tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica. E são sobre essas duas esferas de responsabilidade que se concentrou a aplicação dos *enforcements*. Já a responsabilidade civil está prevista no Código Civil e na Lei nº 12.529/2011. Nesse contexto, é importante discutir como se daria a interação entre tal combinação de *enforcements* no direito concorrencial, visto que algumas particularidades precisam ser consideradas.

Primeiramente, cumpre destacar que a interação entre *public* e *private enforcement* está estritamente relacionada à elasticidade-preço da demanda do mercado afetado pelo ilícito antitruste. Como bem destacado no subcapítulo 3.1, o dano concorrencial compreende parcelas apropriadas pelos membros do conluio, como o sobrepreço, e uma parcela de perda social de bem-estar decorrente do peso morto. Como bem apontado naquele subcapítulo, enquanto o sobrepreço é remediado por meio de indenizações, o peso morto é remediado pela repressão pública.

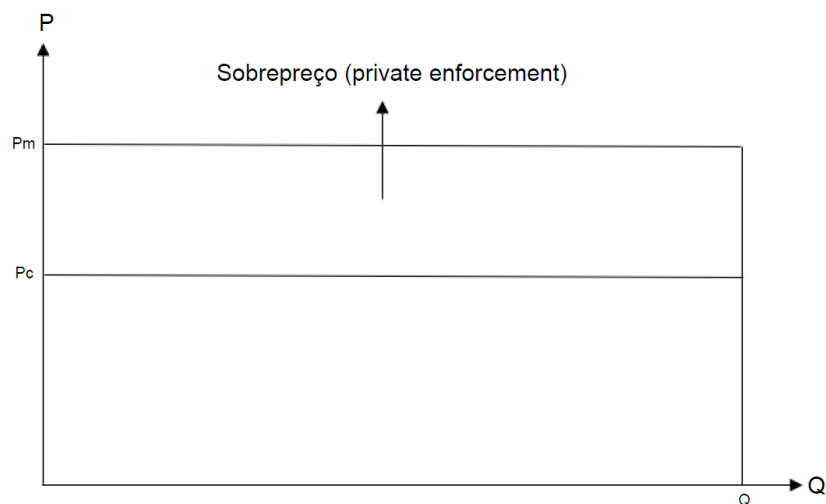
A Figura 5 ilustra a alocação de *enforcement* em um dano concorrencial. O sobrepreço está representado pelo retângulo de área $(P_m - P_c) \times Q_m$. O peso morto é representado pelo triângulo de área $(P_m - P_c) \times (Q_c - Q_m) / 2$:

Figura 5 – Alocação do *enforcement* público e privado¹³



Para demonstrar o impacto da elasticidade-preço da demanda na interação entre o *public* e o *private enforcement*, este trabalho lançará mão de exemplos extremos. Para um produto com demanda inelástica, nota-se que inexistente peso morto, mas apenas sobrepreço. Com isso, todo *enforcement* aplicado será o privado. Ou seja, o *public enforcement* é cada vez menos relevante quanto mais inelástica é a demanda:

Figura 6 – Alocação do *enforcement* privado em produto com demanda inelástica¹⁴



¹³ P_m = Preço no cartel

P_c = Preço no mercado competitivo

Q_m = Quantidade produzida pelo cartel

Q_c = Quantidade produzida pelo mercado competitivo

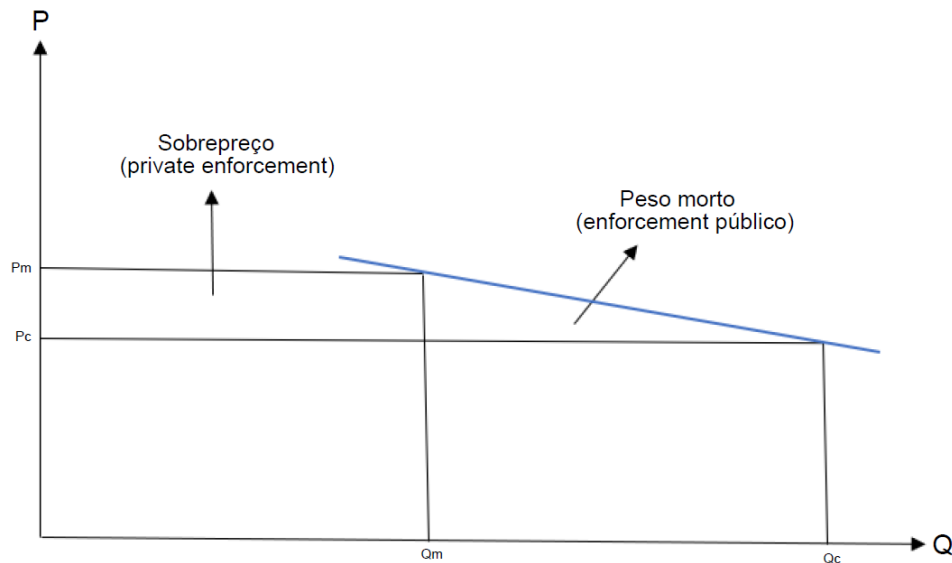
¹⁴ P_m = Preço no cartel

P_c = Preço no mercado competitivo

Q = Quantidade

Por outro lado, quando a elasticidade-preço da demanda é aumentada, menor tende a ser o sobrepreço, representado na Figura 7 pelo retângulo de área $(P_m - P_c) \times Q_m$. Além disso, maior tende a ser o peso morto, representado na ilustração pelo triângulo $(P_m - P_c) \times (Q_c - Q_m) / 2$:

Figura 7 – Alocação do *enforcement* público e privado em produto com demanda elástica¹⁵



Dessa forma, duas conclusões são depreendidas: (i) quanto maior a elasticidade-preço da demanda, menor tende a ser o sobrepreço e (ii) a elasticidade nula rompe a interação entre *enforcement público* e *privado*.

Feitas essas considerações, entende-se que a política de defesa da concorrência precisa ter instrumentos que conciliem e combinem a indenização privada e a repressão pública, sob pena de uma parcela dos danos concorrenciais não ser remediada.

Como lembra a OCDE (2018, p. 34-37), há sistemas jurídicos em que o *enforcement* público ou privado podem predominar sobre o outro e ser o cerne da política de defesa da concorrência. Nesse sentido, nos sistemas onde as ações privadas seriam mais autônomas à atuação pública, as vítimas teriam maior capacidade de identificação dos ilícitos e não dependeriam das investigações da autoridade de defesa da concorrência para ciência da

¹⁵ P_m = Preço no cartel

P_c = Preço no mercado competitivo

Q_m = Quantidade produzida pelo cartel

Q_c = Quantidade produzida pelo mercado competitivo

infração.

Além disso, os prejudicados teriam capacidade própria para quantificar os danos causados e ajuizar a ação reparatória antes que a pretensão fosse alcançada pela prescrição. Nesse sentido, em razão da autonomia do *private enforcement* em relação à atividade da autoridade da concorrência, as ações judiciais seriam tanto da modalidade *follow-on* quanto da *stand alone*. Além disso, as investigações da autoridade não só seriam seguidas pelas ações *follow-on*, mas também seguiriam qualquer ação intentada pelo particular.

Quanto aos sistemas em que as medidas públicas prevalecem, a atuação punitiva e dissuasória é concentrada nos órgãos ou entidades de defesa da concorrência, que possuem poderes de investigar e punir os infratores da ordem econômica. A reparação dos lesados por tais ilícitos é feita por meio de ações civis reparatórias, mas, em razão da centralidade do *enforcement* público e das dificuldades encontradas pelas vítimas em pleitear autonomamente a reparação dos danos, as ações privadas de ressarcimento dependeriam da investigação pública e seriam predominantemente da modalidade *follow-on*. Isso porque as vítimas se beneficiariam das provas produzidas no processo sancionador ou criminal, da detecção do ilícito pela autoridade da concorrência para ciência da lesão e da papel da autoridade da concorrência como um *amicus curiae* ou assistente em um processo judicial.

Assim, a atuação da autoridade da concorrência poderia fomentar o desenvolvimento do *private enforcement*. Nesse sentido, pode-se imaginar sistemas autônomos de reparação, como o *voluntary redress scheme*, do Reino Unido, que é conduzido pela autoridade de defesa da concorrência, o *Competition & Markets Authority* (CMA), onde se busca utilizar o processo administrativo sancionador como meio de viabilizar o ressarcimento dos lesados.

Além disso, a autoridade poderia utilizar o próprio acordo de leniência para exigir a colaboração do signatário ao ressarcimento das vítimas por meio do fornecimento de provas em troca de limitação da sua responsabilidade civil, como ocorre nos Estados Unidos, como se mostrará adiante. Ou exigir do beneficiário do acordo de leniência a apresentação de elementos que auxiliem a autoridade na quantificação dos danos das vítimas ou na apuração da vantagem auferida pelos infratores.

Ainda, a autoridade da concorrência poderia compartilhar as provas obtidas no âmbito do processo administrativo sancionador aos prejudicados a fim de provar a existência do ato ilícito, ou sua decisão administrativa condenatória ser considerada como evidência *prima facie*

da ocorrência da infração, e até intervir no processo para auxiliar o juiz sobre qualquer ponto controvertido.

Em relação às ações *follow-on*, a disponibilização de provas obtidas no processo administrativo pode ser determinante para as ações reparatórias. Nessa direção, Crane (2009, p. 29-30) acredita que ações *follow-on* tem um relevante potencial dissuasório, pois o acordo de leniência traz provas contundentes sobre as condutas ilícitas, o que deixa as defesas dos infratores mais frágeis e os forçam a fazer um acordo com os lesados a fim de restituir os danos.

Por outro lado, o *private enforcement* pode ser utilizado para aprimorar o *public enforcement* e vice-versa. Nos sistemas em que o *private enforcement* é desenvolvido, é possível que a atuação estatal seja complementada pelas ações privadas. Isso porque os prejudicados poderiam ser incentivados a denunciar práticas lesivas à ordem econômica e, assim, mais ilícitos seriam levados à autoridade. Além disso, as indenizações judiciais se somariam às penalidades administrativas, o que poderia corrigir eventual subpunição decorrente da atuação da autoridade e reforçar a dissuasão de potenciais infratores. Por fim, as ações civis confeririam algum grau de descentralização do *enforcement* antitruste.

Nesse sentido, Crane (2008, p. 28-32) reconhece que as ações reparatórias não permitiriam apenas a reparação do dano sofrido aos lesados, mas a adição de recursos para a efetivação de políticas de combate a cartéis em face da insuficiência de recursos públicos e o incentivo de medidas públicas que visem a repressão de tal conduta. Peyer (2011, p. 632) observa que o *enforcement* privado constitui parte integrante na implementação da política antitruste e complementa a atuação estatal.

Já Connor (2012, p. 14-16) observa a experiência estadunidense, onde quarenta e cinco casos de cartel internacional foram condenados pelo *Department of Justice* (DoJ) e as multas aplicadas equivaleram a aproximadamente 42% da vantagem auferida, sendo a cumulação de indenizações civis com aplicação de multas necessária para a dissuasão de práticas colusivas.

Assim, é possível verificar sinergias e divergências entre essa combinação de *enforcements*. Nesse contexto, Wils (2009, p. 19-27) estabelece algumas hipóteses de interação do *enforcement* público para a promoção das ações reparatórias. A primeira delas seria o efeito vinculante de uma decisão que reconheça a violação do processo conduzido pela autoridade nas ações *follow-on*, reduzindo custos. A segunda seria o acesso do processo conduzido pela autoridade a fim de auxiliar na quantificação dos danos sofridos, provar onexo causal entre

violação e dano na ação *follow-on* ou auxiliar com qualquer informação útil. A terceira seria o incentivo ao ressarcimento voluntário por meio de descontos de multas, como condição para celebração do acordo de leniência ou como parte de quaisquer acordos.

Wils (2009, p. 25), no entanto, reconhece a importância do ressarcimento dos lesados, mas que não ocorra às custas da dissuasão e da punição. Para tanto, a redução da multa deve ser bem menor que a quantia paga como indenização.

4.1. *Enforcement* público e privado e os objetivos da política antitruste

Sobre os objetivos da política antitruste, Posner (2001, p. 29) afirma que a eficiência é o fim último do direito da concorrência. Para Kirkwood e Lande (2008, p. 242), a busca pela eficiência não é o único objetivo do direito da concorrência, visto que os legisladores estadunidenses visavam a proteção dos consumidores daquele país quando elaboraram as leis antitrustes. Bork (1967, p. 251-253) reúne os objetivos de eficiência e proteção do consumidor ao afirmar que a eficiência deve ser definida em termos de satisfazer os desejos do consumidor, e a inclusão de objetivos diversos do bem-estar do consumidor seria destrutivo ao direito antitruste.

Ilícitos concorrenciais geram transferência de recursos das vítimas aos infratores, além de outros danos, o que gera ineficiência alocativa. Nesse sentido, a aplicação da penalidade aos ofensores tem o objetivo de punir e incentivar comportamentos que respeitem os preceitos legais, que convergem para uma melhor eficiência na alocação de recursos. Da mesma forma, a reparação se relaciona com eficiência alocativa na medida em que ela reverteria a apropriação de valores ilicitamente obtidos pelos infratores, juntamente com outros elementos do dano.

Sob a ótica do bem-estar do consumidor, a dissuasão protegeria vítimas destinatárias de produtos provenientes de mercados onde haveria ilícitos à ordem econômica. Já a reparação dos consumidores visa restaurar o *status* do lesado pré-infração.

Além da eficiência alocativa e da proteção do consumidor, a dissuasão e a compensação das vítimas também são apontadas como objetivos da política de defesa da concorrência. A dissuasão torna as violações não lucrativas a partir da imposição de custos potenciais aos infratores, enquanto a reparação às partes prejudicadas a posição que estariam se a violação não tivesse ocorrido (HOVENKAMP, 2011, p. 7).

A OCDE (2015, p. 2) entende que o objetivo primário da aplicação da legislação antitruste é assegurar a eficácia de seu regime destinado a promover mercados competitivos e eficientes, que pode ser feita por meio da dissuasão, pois estaria presente na aplicação de penalidades pela autoridade de defesa da concorrência responsável por conduzir investigações e processos que visam a punir ofensores. No mesmo sentido, Page (1985, p. 1.451), Hylton (2010, p. 3) e Posner (2001, p. 266) defendem que a função dissuasória deve ser a um objetivo primário no direito da concorrência.

Assim, o objetivo secundário apontado pela OCDE (2015, p. 2) seria compensar as vítimas que sofreram danos resultantes de infrações concorrenciais, isto é, colocando-as na posição que se encontravam anteriormente à infração. Hylton (2010, p. 3) e Posner (2001, p. 266) entendem que, ao contrário da dissuasão, a compensação das vítimas não é um objetivo primário. Por outro lado, Parel (1997, p. 421) entende que ambos estão no mesmo patamar, apesar de reconhecer que, em regra, tende a prevalecer a dissuasão como o objetivo mais importante.

O problema de se considerar um objetivo como prioritário é que se pode negligenciar os demais. Por outro lado, colocar uma série de objetivos no mesmo nível pode ser contraproducente na medida em que os sistemas nacionais de defesa da concorrência não tenham recursos suficientes, como o capital e o humano, para atender a todos. Nessas hipóteses, necessariamente alguns objetivos deverão ser priorizados sobre os demais.

Crane (2016, p. 357-358) afirma que qualquer sistema que preveja o *private enforcement* faz com que se deva tomar a decisão de priorizar a dissuasão ou a compensação, mas que sistemas seriam mais bem-sucedidos em perseguir a dissuasão se focassem na compensação dos lesados.

Destaca-se que os dois objetivos não são excludentes, isto é, não há necessariamente um *trade-off* entre dissuasão e reparação civil. O fato de se priorizar um não significa necessariamente que o outro não poderá ser alcançado. Não se pode negar que o desenho normativo pode privilegiar um em detrimento do outro, ou até gerar um conflito entre ambos.

Mas isso não quer dizer que a conciliação entre dissuasão e reparação seja uma política inalcançável. Isso porque há uma variedade de atores que estão inter-relacionados e os incentivos de algum deles podem estar mal balanceados, cabendo ao direito estabelecer a melhor norma que satisfaça aos dois objetivos.

Além disso, o atendimento de um dos objetivos pode auxiliar o outro. Assim, é possível que a indenização civil preencha o *enforcement gap* em relação à dissuasão quando a aplicação da multa não seja incentivo suficiente para a inibição da conduta infrativa ou que as vítimas sejam estimuladas a denunciar os infratores se a autoridade da concorrência auxiliá-las com a reparação.

Portanto, fixa um objetivo prioritário para a política de defesa da concorrência parece não considerar a inter-relação entre os próprios objetivos, colocando-a como contraditória. Assim, os formuladores de política pública de defesa da concorrência devem ter consciência de quais interesses a política deve atender, quais os resultados deve buscar e quais serão os empecilhos encontrados por cada objetivo.

4.2. Reparação civil, multa e condição econômica do infrator

No direito antitruste discute-se os efeitos da aplicação de penalidades na capacidade econômica dos ofensores. Sendo assim, as sanções pecuniárias poderia alcançar dimensões que poderiam resultar no agravamento da condição econômica dos infratores.

Quando se discute a cumulação de indenização civil com multas administrativas, a discussão sobre a condição econômica do ofensor se torna relevante, especialmente quando existe a possibilidade de danos concorrenciais serem maiores que as sanções pecuniárias aplicadas pela autoridade antitruste.

Para Craycraft, Craycraft e Gallo (1997, p. 175), o estado falimentar do ofensor gera custo social adicional, já que não honra suas obrigações contraídas com terceiros, fecha postos de trabalho, diminui a arrecadação tributária e a riqueza de seus sócios. No entanto, Craycraft, Craycraft e Gallo (1997, p. 182) observam que as penalidades pecuniárias aplicadas não têm o efeito dissuasório adequado e que a aplicação da multa ótima, que seria igual ao prejuízo causado aos ofendidos, não seria inviável.

Stephan (2006, p. 14-15) aponta quatro razões para que a falência é considerada negativa pelas autoridades da concorrência. A primeira delas é que o custo social decorrente do estado de insolvência gera transferência de renda para longe dos acionistas, gestores, empregados e credores, para as sociedades que tem a falida como cliente, gera gastos com advogados e bancos e reduz a eficiência do uso de recursos.

A segunda razão é que com o encerramento das operações, o mercado em que atuava a sociedade se torna mais concentrado, o que pode facilitar a coordenação entre os demais concorrentes, o que traria novos custos sociais.

A terceira razão é o caráter impopular das multas potencialmente gravosas à capacidade econômica, que poderia resultar em *lobby* de potenciais infratores visando medidas estatais contra multas consideradas altas.

Por fim, a quarta razão é que as partes prejudicadas não poderão ser indenizadas se o ofensor não possuir recursos para satisfazer suas obrigações.

Nesse sentido, Houba, Motchenkova e Wen (2018, p. 865) afirmam que limites máximos de penalidades se justificam porque não se busca gerar a instabilidade financeira dos ofensores, já que falência seria contrária aos fins do direito da concorrência e culminaria na concentração de mercado.

No entanto, é importante fazer breves considerações sobre a capacidade econômica do ofensor e seus efeitos sobre a responsabilidade civil e administrativa. Stephan (2006, p. 16) lembra que uma conduta anticoncorrencial como o cartel pode funcionar como meio para prolongar a vida de um agente econômico que deveria sair do mercado e ser substituído por outro mais eficiente.

No mesmo caminho, Posner (2007, p. 298-299) afirma que uma das características de mercados que propiciam a formação de conluíus é a sua retração ou crise. Com isso, muitos infratores podem enxergar em condutas anticoncorrenciais mecanismos de sobrevivência.

Nesse sentido, a OCDE (2009, p. 17) entende que se a aplicação de penalidade resultar em debilidade econômica ou em encargos financeiros extremos e se houver interesse público na manutenção do negócio, poder-se-ia aplicar sanções menores. No entanto, a entidade recomenda que previamente se tente meios alternativos e que esse abrandamento das penalidades não se aplique aos negócios que se encerrariam se a infração não existisse ou não fosse continuada.

Assim, se uma sociedade empresária alcançar o estado falimentar ou de crise econômica apenas em razão das penalidades e de indenizações, deve-se traçar mecanismos que conciliem solvência do infrator com a dissuasão da prática do ilícito e a reparação dos lesados.

Com isso, há fatores que precisariam ser considerados. Dentre eles, que a sociedade empresária pode sofrer debilidade econômica com a aplicação de multas e com condenações civis mesmo que aufera vantagem econômica. Muitas vezes, esta vantagem pode ser distribuída na forma de dividendos aos sócios, o que pode tornar a sociedade incapaz de arcar com as sanções civis e administrativas impostas. Dessa forma, a sociedade empresária não poderia arcar sozinha com a aplicação das penalidades e com as condenações civis, e seus sócios efetivamente se apropriariam do resultado da infração.

Nesse caso, poder-se-ia cogitar formas de evitar a debilidade econômica da sociedade empresária, mesmo que haja manutenção das obrigações de pagar as multas e indenizar os prejudicados, aplicando a responsabilidade solidária dos sócios ou do grupo econômico ou a desconsideração da personalidade jurídica.

No caso de solidariedade dos sócios com a sociedade nos processos administrativos e judiciais, seria possível garantir o pagamento da penalidade e a reparação dos prejudicados. Por outro lado, seria sacrificada a separação dos patrimônios do sócio e da sociedade prevista no direito societário. Tal medida poderia resultar em receio de se constituir sociedades empresárias para o exercício de atividade empresarial, o que poderia resultar em eventual queda da atividade produtiva.

Por outro lado, há mecanismos normativos que consideram a condição econômica do infrator tanto na legislação concorrencial quanto no direito privado. Nesse contexto, a Lei nº 12.529/2011 estabelece que na aplicação de penalidade será considerada a situação econômica do infrator, de acordo com o seu art. 45, VII:

Art. 45: Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:
I - a gravidade da infração;
II - a boa-fé do infrator;
III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
IV - a consumação ou não da infração;
V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
VII - a situação econômica do infrator; e
VIII - a reincidência.

O Código Civil estabelece, no art. 944, § único, que o juiz poderá reduzir a indenização se houver grande desproporção entre o dano efetivamente causado e a gravidade da culpa:

Art. 944 do Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Além disso, o art. 45, VII, da Lei nº 12.529/2011, e o art. 944, § único, do Código Civil, não são aplicados conjuntamente pela mesma autoridade. Enquanto a autoridade da concorrência brasileira é quem aplica o primeiro, o Poder Judiciário aplica o segundo. Dessa forma, é possível que o ofensor tenha capacidade de arcar com a multa ou com a indenização separadamente, mas não em conjunto, o que poderia colocá-la em situação gravosa em cenários em que ambas autoridades considerem isoladamente o valor da indenização ou da penalidade pecuniária.

Nesse sentido, Wils (2017, p. 40) propõe que haja redução de multas no caso de indenizações prévias dos lesados. Essa medida seria importante por duas razões. A primeira que seria um estímulo para a reparação imediata dos lesados, de preferências antes do fim do julgamento da infração na esfera administrativa. A segunda seria a manutenção da condição econômica do infrator que tem condição de se manter de forma eficiente e produtiva no mercado. Destaca-se que o art. 12, da Resolução nº 21/2018, prevê a reparação dos danos como atenuante na dosimetria da multa e da contribuição pecuniária:

Art. 12: A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011.

Ademais, Stephan (2006, p. 29-32) ressalta que a redução de sanções em resposta ao receio de se prejudicar a viabilidade financeira do infrator pode resultar nos seguintes problemas: (i) a possibilidade de aplicação de descontos nas multas quando não há efetivo risco de deterioração da capacidade econômica do infrator; (ii) a existência de salvaguardas contra falência criaria o incentivo para que os infratores se preparem mal para as multas potencialmente aplicáveis; e (iii) o desconto funcionaria como um redutor do custo da infração diante de seus lucros potenciais, o que torna mais provável a infração.

Assim, a possibilidade de falência ou de debilitação da situação econômica do infrator deve ser analisada com cautela. Nesse contexto, deve-se avaliar se a debilidade econômica dos infratores seria decorrente apenas da cumulação de indenização com a penalidade pecuniária e se seria possível a aplicação de descontos à multa quando houver reparação prévia dos

ofendidos, visto que permitiria antecipar a reparação dos prejudicados e preservar a permanência dos ofensores no mercado.

5. TENSÃO ENTRE *ENFORCEMENT* PÚBLICO E PRIVADO

Após explorar as interfaces da interação entre as medidas públicas e privadas do direito concorrencial, desenvolve-se a análise da tensão existente entre elas, seja pela participação de ambas na construção da estrutura de incentivos dos agentes, seja pela inclusão de objetivos relacionados ao *public* e ao *private enforcement* na construção de uma política de defesa da concorrência.

Nesse contexto, destaca-se que os *enforcement* público e privado não devem ser tratados como mecanismos independentes, mas complementares (ICN, 2007, p. 48; MACCULLOCH e WARDHAUGH, 2012, p. 21; OCDE, 2015, p. 4). Porém, deve-se atentar para a possibilidade de o ordenamento jurídico impedir a conciliação entre ambas as medidas e dificultar o atendimento dos interesses dos particulares prejudicados pela conduta lesiva e do interesse público de repressão de ilícitos concorrenciais.

Nesse contexto, não se descarta a hipótese de que lesados por condutas concertadas e deletérias à ordem econômica recorram ao Poder Judiciário para ter acesso a documentos obtidos pela autoridade de defesa da concorrência no programa de leniência com o intuito de usá-los em uma ação de reparação civil, inclusive contra o próprio signatário do referido acordo. Haveria, portanto, um conflito entre medidas particulares e públicas de defesa da concorrência, uma vez que futuros proponentes do acordo de leniência estariam ameaçados por ações judiciais de reparação civil, justamente aonde não possuem imunidade. Isso impactaria o papel repressor do Estado em razão de eventual inércia dos infratores em celebrar o acordo e contribuir com provas.

Segundo Wils (2009, p. 30-32), o incremento de ações privadas pode comprometer a efetividade do acordo de leniência. A OCDE (2007, p. 20) tem sugerido a limitação da responsabilidade civil do signatário do aludido acordo, ressaltando que não há consenso para a resolução da questão.

Para contornar o possível desequilíbrio entre as medidas públicas e privadas, bem como atender às funções de dissuasão e reparação, passou-se a discutir várias formas de conciliar o acordo de leniência e as ações de reparação civil por ilícito concorrencial. Dentre elas, destacam-se a limitação ao acesso das provas obtidas através dos programas de leniência e a limitação da responsabilidade civil do beneficiário do acordo.

Assim, passa-se a analisar a experiência estrangeira sobre a relação às duas medidas.

5.1. Experiência estrangeira para o equilíbrio entre o acordo de leniência e as ações civis de reparação de danos concorrenciais

Ressalta-se que o cartel internacional dos compressores e o cartel dos metrô exemplificam a necessidade de uma avaliação mais precisa sobre normas que disciplinam e estabeleçam equilíbrios entre o *public* e o *private enforcements*. Nesse sentido, não é somente no Brasil que casos como esse ocorrem, razão pela qual o direito estrangeiro pode auxiliar na observação do fenômeno e na proposição de alterações normativas.

Então, é necessário descrever a analisar os instrumentos utilizados por outros Estados para estimular as ações reparatorias sem prejudicar o papel repressivo conduzido pela autoridade da concorrência.

5.1.1. Estados Unidos

Os Estados Unidos possuem um histórico de utilização de ações de reparação como *enforcement* concorrencial. Lande e Davis (2008, p. 888) e Jones (2016, p. 2) informam que os Estados Unidos são o país onde mais se desenvolveu o *private enforcement*, visto que mais de 90% dos casos registrados no mundo foram processados em sua jurisdição. Nesse sentido, Connor (2012, p. 4-7) identificou cento e vinte ações reparatorias ajuizadas nos Estados Unidos entre 1990 e 2012, sendo que as indenizações totalizaram quarenta e oito bilhões de dólares¹⁶.

Para avaliar o desenvolvimento do *private enforcement* nos Estados Unidos, exige-se o resgate de alguns fatos que ocorreram no decorrer do século XX. Jones (2016, p. 4) ressalta que foi a partir da década de 1960 que as ações privadas começaram a se desenvolver no direito estadunidense. Mas as razões para essa manifestação remontam-se às décadas de 1940 e 1960, quando prevalecia a aplicação da regra *per se*¹⁷ nos tribunais dos Estados Unidos, em função

¹⁶ Valores corrigidos até 2011.

¹⁷ A regra *per se* é uma categoria de investigação no direito de concorrência que aduz que, para a caracterização do ilícito, basta a simples consumação da conduta descrita como ilícita (AZEVEDO, 2014, p. 281). Já a regra da razão é outra categoria de investigação que consiste em avaliar características pró-concorrenciais de uma conduta restritiva contra seus efeitos anticoncorrenciais com o fim de decidir se tal prática deve ou não ser proibida.

Para mais informações sobre padrões de investigação no direito da concorrência, sugere-se a leitura de AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In: TIMM, Luciano. (Org.). Direito e Economia no Brasil. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 266-295.

Para compreensão dos períodos de prevalência da regra da razão e da regra *per se*, consultar LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001 e MARESCA, Davide. *The Importation of the Rule of Reason in European Competition*

do ceticismo sobre o mercado e sobre os agentes privados em propiciar resultados econômicos satisfatórios e na desconfiança que recaiu sobre a concentração econômica (JONES, 2016, p. 4).

A aplicação da regra *per se* possibilitou o êxito dos autores em virtude também de outras características específicas presentes na legislação estadunidense, dentre as quais destacam-se, segundo Jones (2016, p. 5) e Crane (2008, p. 20): (i) a ampla capacidade das autoridades colher provas, (ii) as ações coletivas *opt-out*, (iii) os honorários de êxito cobrado pelos advogados, (iv) o julgamento pelo tribunal do júri; (v) a responsabilidade ampla e solidária dos coinfratores; e (vi) as regras de acesso a provas judiciais e (vii) ao *treble damages*.

Na mesmo sentido, Juska (2018, p. 70) observa que (i) as ações coletivas; (ii) os honorários advocatícios; (iii) o acesso a provas judiciais e o (iv) *treble damages* permitiram o desenvolvimento do *private enforcement* nos Estados Unidos.

No entanto, a OCDE (2018, p. 27) ressalta que a partir do final da década de 1970, o número de ações reparatórias começou a cair em razão da substituição pelos tribunais da regra *per se* pela regra da razão, quando voltou a subir a partir da década de 1990 em função das ações *follow-on* ajuizadas após a celebração de acordos de leniência e de um maior esforço das autoridades públicas de punir os cartéis.

No entanto, o sistema estadunidense não dependeu apenas das ações *follow-on* para restituir os lesados. Connor (2012, p. 11-12) observa que no período entre 1990 a 2005 todos os casos de cartel que foram investigados pelo DoJ foram levados ao Poder Judiciário por meio de ações *follow-on*, mas apenas 51% das ações reparatórias foram desta modalidade, e 41% das condenações em *treble damages* ocorreram de ações *stand-alone*.

De acordo com Rodger (2013, p. 107), na década de 1950, 75% das ações privadas eram da modalidade *follow-on*, mas que em 2013 esse número se reduziu para próximo da metade, sendo que as ações *follow-on* funcionaram como um importante meio para que o *private enforcement* se iniciasse, mas com o desenvolvimento das ações reparatórias, as ações *stand-alone* ganharam relevância.

Quanto ao prazo prescricional, a Seção 15b, do *Clayton Act*, estabelece o prazo de quatro anos:

Seção 15b. Prescrição

*Toda ação que impõe para qualquer causa de pedir sob abrigo da Seção 15, 15a, ou 15c deste título será prescrita, a menos que seja iniciada no prazo de quatro anos após a causa de pedir. Nenhuma causa de pedir prescrita sob uma lei em vigor à data da entrada em vigor da presente Lei será reavivada pela presente Lei.*¹⁸

Uma das principais características desse sistema é o *treble damages*. Ele está presente na Seção 15, do *Clayton Act*. Em síntese, o prejudicado por violação da lei antitruste poder requerer ao Poder Judiciário indenização correspondente ao triplo do dano causado, o que poderia funcionar, *a priori*, como incentivos o ajuizamento de ações reparatórias:

Sec. 15. Ações intentadas por pessoas lesadas

(a) Montante da recuperação; juros moratórios

*Salvo o disposto na alínea (b) da presente seção, qualquer pessoa que seja lesada em seus negócios ou bens em virtude de conduta proibida pelas leis antitruste poderá processar judicialmente em qualquer tribunal distrital dos Estados Unidos da América no distrito em que o réu reside, é encontrado ou tenha um representante legal, independentemente do valor controvertido, e exigirá três vezes os danos por ele sofridos e as custas da ação, incluindo os honorários advocatícios razoáveis.*¹⁹

No entanto, discute-se também o papel do *treble damages* como elemento dissuasório. Wils (2009, p. 18; 2017, p. 16) observa que o *treble damages* foi um substituto ao *enforcement* público adotado pela jurisprudência americana até 1974, quando as multas criminais aplicadas pelo DoJ se limitavam a U\$ 50.000 (cinquenta mil dólares), o que deixava um “*enforcement gap*” a ser preenchido por ações privadas de indenizações triplas, visto que o DoJ focava sua atuação repressiva majoritariamente em condutas como cartel *hard core*, cartel em licitação ou cartel de limitação de mercados geográficos. Mesmo tendo competência para fiscalizar outras condutas, a atuação do DoJ se resumia em providenciar medidas cautelares, já que o

¹⁸ Traduzido do original:

Section 15b. Limitation of actions

Any action to enforce any cause of action under section 15, 15a, or 15c of this title shall be forever barred unless commenced within four years after the cause of action accrued. No cause of action barred under existing law on the effective date of this Act shall be revived by this Act.

¹⁹ Traduzido do original:

Sec. 15. Suits by persons injured

(a) Amount of recovery; prejudgment interest

Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

ajuizamento pelos prejudicados com pretensão de indenização tripla era comum (WILS, 2017, p. 16; OCDE (2018, p. 35).

A OCDE (2018, p. 34-36) aduz que nos Estados Unidos predomina o *enforcement* privado sobre o público, cujo objetivo é estimular as vítimas a descobrir ilícitos concorrenciais e dissuadir os infratores nas vias judiciais. Nesse sentido, Cavanagh (2010, p. 631) observa que os objetivos do *treble damages* não se resume à compensação das vítimas, mas à dissuasão e punição de ilícitos.

Para Wils (2009, p. 17; 2017, p. 15), a dissuasão e a punição são um dos elementos do *private enforcement* estadunidense, especialmente quando se observa a existência de indenizações punitivas e da exclusão do *passing-on defense*. Para Crane (2009, p. 34) e Richman e Murray (2007, p. 24-26), Estados Unidos, ao contrário da Comissão Europeia, as ações privadas têm tanto função dissuasória quanto reparatória, prevalecendo a primeira quando há conflito entre ambas.

Assim, nota-se que as ações privadas de reparação civil são muito intentadas nos Estados Unidos e que a função repressiva é dividida entre o *public* e o *private enforcement*.

No entanto, Cavanagh (2010, p. 641) lembra que há riscos de falsos positivos no sistema estadunidense, também conhecidos como erros do “tipo 1”, que podem resultar em condenações triplas contra aqueles que não cometeram infrações, mas que os riscos de falsos positivos não podem ser eliminados sem sacrificar a dissuasão e que a mera possibilidade de erros não pode diminuir a eficácia do *private enforcement*.

Quantos à interação entre o *enforcement* público e o privado, os Estados Unidos possuem normas a fim de conciliá-los. Nesse sentido, a responsabilidade do beneficiário do *Corporate Leniency Police* se limita à reparação simples, não sendo solidária e tripla como a dos demais membros do conluio. Esta limitação foi introduzida pela Seção nº 213 do *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA). No entanto, para aplicação do benefício, o signatário do acordo de leniência deve auxiliar os lesados nas ações civis, cabendo ao juiz julgar a satisfatoriedade e a efetividade da ajuda:

Sec. 213. Limitação da reparação.

(a) Em geral - sujeito ao disposto na subseção (d), em qualquer ação civil que se alegue uma violação da Seção 1 ou 3 do Sherman Act, ou que alegue uma violação de qualquer lei estadual semelhante, baseada em conduta abrangida por um acordo de leniência atualmente em vigor, o montante dos danos recuperados

por ou em nome de um beneficiário do acordo de leniência que satisfaça os requisitos da subseção (b), juntamente com os montantes assim recuperados de indivíduos cooperantes que satisfaçam tais requisitos, não deve exceder o montante dos danos efetivamente causados pelo beneficiário do acordo de leniência no mercado relacionado aos bens ou serviços afetados pela violação.

b) Requisitos - Sob reserva do disposto na alínea c), indivíduo cooperante em um acordo de leniência satisfaz os requisitos desta subseção relativamente a uma ação cível descrita na alínea a), se o tribunal em que a ação cível for ajuizada determinar, após análise de quaisquer alegações do beneficiário do acordo de leniência, a prestação de cooperação satisfatória do beneficiário do acordo de leniência no que diz respeito à ação cível, cooperação essa que deve incluir...

(1) o fornecimento de relatório completo de todos os fatos conhecidos pelo beneficiário do acordo de leniência que sejam potencialmente relevantes para a ação civil;

(2) o fornecimento de todos os documentos ou outros elementos potencialmente relevantes para a ação civil que se encontrem na posse, custódia ou controle do beneficiário do acordo de leniência, conforme o caso, onde quer que se encontrem; e

(3)(A) no caso do beneficiário do acordo de leniência - (i) colocar-se à disposição para oitivas, depoimentos ou testemunhos relacionados com a ação civil; e

(ii) responder completa e verdadeiramente, sem fazer qualquer tentativa de proteger ou implicar falsamente qualquer pessoa ou entidade, e sem reter intencionalmente qualquer informação potencialmente relevante, a todas as perguntas feitas pelo requerente em oitivas, depoimentos, julgamentos ou qualquer outro processo judicial relacionado à ação civil; ou

(B) no caso de um beneficiário de um acordo de leniência, envidando os seus melhores esforços para assegurar e facilitar aos indivíduos cooperantes abrangidos pelo acordo a cooperação descrita nas cláusulas (i) e (ii) e no subparágrafo (A).²⁰

²⁰ Traduzido do original:

Sec. 213. Limitation on recovery.

(a) In General — Subject to subsection (d), in any civil action alleging a violation of section 1 or 3 of the Sherman Act, or alleging a violation of any similar State law, based on conduct covered by a currently effective antitrust leniency agreement, the amount of damages recovered by or on behalf of a claimant from an antitrust leniency applicant who satisfies the requirements of subsection (b), together with the amounts so recovered from cooperating individuals who satisfy such requirements, shall not exceed that portion of the actual damages sustained by such claimant which is attributable to the commerce done by the applicant in the goods or services affected by the violation.

(b) Requirements — Subject to subsection (c), an antitrust leniency applicant or cooperating individual satisfies the requirements of this subsection with respect to a civil action described in subsection (a) if the court in which the civil action is brought determines, after considering any appropriate pleadings from the claimant, that the applicant or cooperating individual, as the case may be, has provided satisfactory cooperation to the claimant with respect to the civil action, which cooperation shall include—

(1) providing a full account to the claimant of all facts known to the applicant or cooperating individual, as the case may be, that are potentially relevant to the civil action;

(2) furnishing all documents or other items potentially relevant to the civil action that are in the possession, custody, or control of the applicant or cooperating individual, as the case may be, wherever they are located; and

(3)(A) in the case of a cooperating individual— (i) making himself or herself available for such interviews, depositions, or testimony in connection with the civil action as the claimant may reasonably require; and

(ii) responding completely and truthfully, without making any attempt either falsely to protect or falsely to implicate any person or entity, and without intentionally withholding any potentially relevant information, to all questions asked by the claimant in interviews, depositions, trials, or any other court proceedings in connection with the civil action; or

(B) in the case of an antitrust leniency applicant, using its best efforts to secure and facilitate from cooperating individuals covered by the agreement the cooperation described in clauses (i) and (ii) and subparagraph (A).

Assim sendo, ainda que o DoJ não atribua como causa a aludida reforma, nos seis anos seguintes à edição do ACPERA, o número de acordos de leniência do “Tipo A” – aqueles em que o DoJ não tinha conhecimento prévio – dobrou (ESTADOS UNIDOS, 2011, p. 18-19).

Quanto à força probatória da decisão condenatória, o *Clayton Act* prevê que as condenações do DoJ constituem evidência *prima facie* de dano e de ilícito, que podem ser utilizadas pelos autores para reivindicar as perdas e danos em juízo:

Secção. 16. Acórdãos

(a) Prova prima facie; coisa julgada

Uma sentença ou acórdão, proferido em qualquer processo civil ou criminal ajuizado pelos Estados Unidos ou em nome dos Estados Unidos com fundamento nas leis antitruste, julgado no sentido de que um réu tenha violado tais leis, constituirá prova prima facie contra esse réu em qualquer ação ou processo instaurado por qualquer outra parte contra esse réu com fundamento nas aludidas leis, relativamente a todas as questões que dizem respeito à referida sentença ou acórdão transitado em julgado, desde que essa seção não se aplique às sentenças ou acórdãos que tenham sido julgados antes de qualquer oitiva ter sido prestada. Nada contido nesta seção deve ser interpretado no sentido de impor qualquer limitação à aplicação da coisa julgada, salvo em qualquer ação ou processo intentado com fundamento nas leis antitruste, onde não será dado efeito de coisa julgada a qualquer descoberta feita pela Federal Trade Commission com fundamento nas leis antitruste ou à Seção 45 deste título que possa dar origem a uma ação indenizatória fundamentada nas leis antitruste.²¹

Em relação aos documentos em posse das autoridades estadunidenses, o *Freedom of Information Act* (FOIA) garante o direito e estabelece o processo de acesso aos arquivos federais. Nesse sentido, o DoJ editou o *The Department of Justice Freedom of Information Act Reference Guide*, que fornece orientações para solicitações de acesso a informações no próprio órgão com base no FOIA. O DoJ não está obrigado a repassar documentos se estes constarem em inquérito conduzido por eles, salvo se solicitados pelo Congresso ou para cumprimento de determinação judicial:

Sec. 57b-2. Confidencialidade (...)

(b) Procedimentos relativos a documentos, coisas tangíveis, ou transcrições de

²¹ Traduzido do original:

Section. 16. Judgments

(a) Prima facie evidence; collateral estoppel

A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties thereto: Provided, That this section shall not apply to consent judgments or decrees entered before any testimony has been taken. Nothing contained in this section shall be construed to impose any limitation on the application of collateral estoppel, except that, in any action or proceeding brought under the antitrust laws, collateral estoppel effect shall not be given to any finding made by the Federal Trade Commission under the antitrust laws or under section 45 of this title which could give rise to a claim for relief under the antitrust laws.

testemunhos orais recebidos no âmbito de um processo ou investigação obrigatória (...)

Isenção de divulgação pública

(1) Em geral

Qualquer material recebido pela Comissão em qualquer investigação, cujo objetivo seja determinar se alguém pode ter violado qualquer disposição das leis administradas pela Comissão, que seja fornecido nos termos de qualquer processo obrigatório baseado no presente subcapítulo ou que seja fornecido voluntariamente, não será obrigatoriamente divulgado com fundamento na Seção 552 do título 5 ou de qualquer outra disposição da lei, salvo nos casos previstos no parágrafo (2)(B) desta Seção. (...)

(2) (...)

(B) Disposição sobre sigilo

Nada nesta subseção autoriza a Comissão a reter informações do Congresso ou impedir a Comissão de cumprir uma ordem de um tribunal dos Estados Unidos da América em uma ação ajuizada pelos Estados Unidos da América ou pela Comissão²²

Por fim, em relação à possível tensão entre o acordo de leniência e as ações privadas de reparação, o caminho encontrado foi permitir, em regra, o acesso dos lesados aos documentos e às informações em posse das autoridades. No entanto, para que o signatário do acordo não seja responsabilizado pelo *treble damages*, ele deve cooperar quando solicitado pelos prejudicados na esfera judicial. Com isso, visa-se conciliar tanto a celebração do acordo de leniência quanto a colaboração com os lesados em juízo, que são, neste caso, a diminuição da punibilidade e a limitação da responsabilidade civil à extensão do dano.

5.1.2. Comissão Europeia

O Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) regula a defesa da concorrência em seus arts. 101 e 102 no âmbito do direito comunitário europeu:

Artigo 101:

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas

²² Traduzido do original:

Sec. 57b–2. Confidentiality (...)

(b) Procedures respecting documents, tangible things, or transcripts of oral testimony received pursuant to compulsory process or investigation (...)

(f) Exemption from public disclosure

(1) In general

Any material which is received by the Commission in any investigation, a purpose of which is to determine whether any person may have violated any provision of the laws administered by the Commission, and which is provided pursuant to any compulsory process under this subchapter or which is provided voluntarily in place of such compulsory process shall not be required to be disclosed under section 552 of title 5 or any other provision of law, except as provided in paragraph (2)(B) of this section. (...)

(2) (...)

(B) Savings provision

Nothing in this subsection shall authorize the Commission to withhold information from the Congress or prevent the Commission from complying with an order of a court of the United States in an action commenced by the United States or the Commission.

concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*

Artigo 102:

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;*
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;*
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*

Até o fim do século XX, a maior parte do *enforcement* empregado na política antitruste era de origem pública, concentrada na atuação da autoridade da concorrência nacional e na Comissão Europeia. Para a União Europeia (2005, p. 4), o *private enforcement* estava subdesenvolvido, especialmente as ações *follow-on*.

A partir do início da década de 2000, o *private* passa a ganhar destaque na política de defesa da concorrência no âmbito da União Europeia. No Regulamento nº 01/2003, que trata da regulamentação relativa à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 101 e 102, do TFUE, seu parágrafo 7º estabelece que os tribunais nacionais garantirão aos prejudicados a concessão de indenizações.

(7) Os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indenizações às vítimas das infrações. Neste capítulo, o papel dos tribunais nacionais vem complementar o das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência.

*Assim, é necessário permitir-lhes que apliquem integralmente os artigos 81º e 82º do Tratado.*²³

Um pouco antes, em 2001, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou o caso *Crehan*, quando reconheceu o direito dos lesados por infrações à ordem econômica de procurar pelas vias judiciais a reparação dos danos. Além disso, a corte salientou que, na ausência de normas comunitárias sobre a matéria, cada Estado-Membro deve criar suas próprias normas legais para a efetivação das ações reparatórias e assegurar que o sistema nacional não tornaria as indenizações difíceis ou impossíveis:

*No que respeita à possibilidade de reclamar uma reparação do prejuízo causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, há que recordar, desde logo, que, como resulta de jurisprudência constante, aos tribunais nacionais encarregados de aplicar, no quadro das suas competências, as disposições do direito comunitário cabe garantir a plena eficácia destas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares (v., nomeadamente, acórdãos de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Colect., p. 243, n.º 16, e de 19 de Junho de 1990, *Factortame e o.*, C-213/89, Colect., p. I-2433, n.º 19).*

A plena eficácia do artigo 85.º do Tratado e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência.

Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade.

Nestas condições, não se pode excluir a priori que uma acção desta natureza seja instaurada por uma parte num contrato contrário às regras da concorrência.

*Contudo, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) (v. acórdão de 10 de Julho de 1997, *Palmisani*, C-261/95, Colect., p. I-4025, n.º 27).*

A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que o direito comunitário não obsta a que os órgãos jurisdicionais nacionais zelem por que à protecção dos direitos garantidos pela ordem jurídica comunitária não conduza a um

²³ Redação do Parágrafo 7º do Regulamento nº 01/2003: (7) Os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias de concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indenizações às vítimas das infrações. Neste capítulo, o papel dos tribunais nacionais vem complementar o das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Assim, é necessário permitir-lhes que apliquem integralmente os artigos 81º e 82º do Tratado.

enriquecimento sem causa dos seus titulares (v., nomeadamente, acórdãos de 4 de Outubro de 1979, Ireks-Arkady/Conselho e Comissão, 238/78, Recueil, p. 2955, n.º 14; de 27 de Fevereiro de 1980, Just, 68/79, Recueil, p. 501, n.º 26, e de 21 de Setembro de 2000, Michailidis, C-441/98 e C-442/98, Colect., p. I-7145, n.º 31). (...)

Uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção do artigo 85.º do Tratado CE (actual arti-go 81.º CE), pode invocar a violação desta disposição para obter protecção jurisdicional («relief») contra a outra parte contratante.

O artigo 85.º do Tratado opõe-se a uma norma de direito nacional que proíba uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção da referida disposição, reclamar uma indemnização em reparação de um prejuízo decorrente da execução do referido contrato pelo simples motivo de o autor do pedido ser parte no mesmo contrato.

O direito comunitário não se opõe a uma norma de direito nacional que não permita a uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência basear-se nas suas próprias acções ilícitas para obter uma indemnização por perdas e danos, quando se prove que essa parte tem uma responsabilidade significativa na distorção da concorrência (UNIAO EUROPEIA, 2001).

Já em 2006, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou o caso *Manfredi*, quando o tribunal entendeu que, na falta de regulamentação comunitária sobre a matéria, os Estados-Membros deveriam (i) regular o direito de reparação do dano sofrido por conduta violadora da ordem económica; (ii) designar órgãos para o processamento e julgamento das ações de reparação; (iii) fixar prazos prescricionais para as aludidas ações, bem como as hipóteses de suas suspensões; e (iv) garantir que os lesados por infrações à ordem económica não só tenham direito ao dano emergente, mas também aos lucros cessantes e aos juros:

Um acordo ou uma prática concertada, como a ora em questão no processo principal, entre seguradoras, que consiste numa troca recíproca de informações de modo a permitir um aumento dos prémios das apólices de seguro de responsabilidade civil automóvel relativa aos sinistros causados por veículos automóveis, navios e ciclomotores, não justificado pelas condições do mercado, que constitui uma infracção às regras nacionais de protecção da concorrência, pode também constituir uma violação do artigo 81.º CE se, face às características do mercado nacional em causa, existir um grau suficiente de probabilidade de que o acordo ou a prática concertada respectiva possa ter uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre a contratação das apólices deste seguro no Estado-Membro em questão por operadores estabelecidos noutros Estados-Membros e de que esta influência não seja insignificante.

O artigo 81.º CE deve ser interpretado no sentido de que qualquer pessoa pode invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática proibida por este artigo e, quando existe um nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido, pedir a reparação do referido dano.

Na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as modalidades do exercício deste direito, incluindo as da aplicação do conceito de «nexo de causalidade», desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efectividade.

Na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes para conhecer das acções de indemnização baseadas numa violação das regras

comunitárias da concorrência e fixar as modalidades processuais dessas acções, desde que as disposições em causa não sejam menos favoráveis do que as relativas às acções de indemnização baseadas na violação das normas nacionais de concorrência e as referidas disposições nacionais não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito de pedir a reparação do dano causado por um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE.

Na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro fixar o prazo de prescrição para pedir a reparação do dano causado por um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE, desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efectividade.

A este propósito, cabe ao órgão jurisdicional nacional averiguar se uma disposição nacional por força da qual o prazo de prescrição para pedir a reparação do dano causado por um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE corre a partir do dia em que este acordo ou esta prática proibida foi posta em prática, em especial se essa disposição nacional previr também um prazo de prescrição curto e que não possa ser suspenso, torna praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação do dano sofrido.

Na falta de disposições comunitárias nesta matéria, cabe ao ordenamento jurídico de cada Estado-Membro fixar os critérios que permitem determinar o alcance da reparação do dano causado por um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE, desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efectividade.

Por conseguinte, por um lado, em conformidade com o princípio da equivalência, se podem ser atribuídas indemnizações por perdas e danos especiais, como as indemnizações por perdas e danos exemplares ou a título de sanção, no âmbito de acções nacionais semelhantes às acções baseadas em regras comunitárias da concorrência, também devem poder sê-lo no quadro destas últimas acções. Contudo, o direito comunitário não obsta a que os órgãos jurisdicionais nacionais zelem por que a protecção dos direitos garantidos pela ordem jurídica comunitária não conduza a um enriquecimento sem causa dos seus titulares.

*Por outro lado, resulta do princípio da efectividade e do direito dos particulares a pedirem a reparação do dano causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou de falsear o jogo da concorrência que as pessoas que tenham sofrido um dano devem poder pedir a reparação não só do dano real (*damnum emergens*), mas também os lucros cessantes (*lucrum cessans*), bem como o pagamento de juros (UNIÃO EUROPEIA, 2006).*

Nesse contexto, Geradin (2015, p. 1081) ressalta que, após o caso *Crehan*, a Comissão Europeia se preocupou em tornar o *private enforcement* mais eficiente. Uma das primeiras medidas adotadas pela entidade foi elaborar um estudo sobre os obstáculos para a efetividade de medidas privadas, que foi finalizado em 2004 e a elaboração do “Livro Verde”, em 2005.

Este documento foi intitulado como “*Livro Verde - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*”. Nele, dois objetivos da política antitruste foram traçados: a dissuasão e a compensação:

O presente Livro Verde debruça-se apenas sobre as acções de indemnização. As acções de indemnização devido à infracção da legislação antitrust têm diversos objectivos, nomeadamente compensar os que sofreram uma perda devido a um comportamento anticoncorrencial e garantir a plena eficácia das regras do

Tratado no domínio antitrust, dissuadindo os comportamentos anticoncorrenciais e contribuindo desta forma para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade (dissuasão) (UNIÃO EUROPEIA, 2005, p. 4).

Nesse contexto, o próprio documento reconhecia a importância do estímulo tanto de ações *follow-on*, chamadas de ação de seguimento, quanto de ações *stand-alone*, nomeadas de ações independentes:

O presente Livro Verde e o Documento de trabalho dos serviços da Comissão têm por objectivo identificar os principais obstáculos a um sistema mais eficaz para as acções de indemnização e apresentar diferentes pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento das acções de indemnização, quer se trate de acções de seguimento (ou seja, casos de instauração de uma acção civil na sequência da declaração de uma infracção por parte de uma autoridade de concorrência), quer de acções independentes (ou seja, acções que não vêm na sequência de uma decisão anterior de uma autoridade de concorrência relativa a uma infracção ao direito da concorrência) (UNIÃO EUROPEIA, 2005, p. 4).

Wils (2017, p. 21-22) aduz que o “*Livro Verde*” foi inspirado no *private enforcement* estadunidense, inclusive com objetivo dissuasório, onde se cogitou a adoção de *double damages* e da exclusão do *passing-on defense*.

Entretanto, a partir de 2005, houve mudanças na política de defesa da concorrência na Europa. A Comissão Europeia reconheceu a ineficácia das ações reparatórias e preparou um novo documento com vista a trazer novas diretrizes para a política, o “*Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*”:

O melhor modo de lutar contra a actual ineficácia das acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust reside numa combinação de medidas tomadas simultaneamente a nível comunitário e a nível nacional, com vista a garantir uma protecção mínima efectiva do direito das vítimas a obterem uma indemnização nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE em cada Estado-Membro e condições mais equitativas e uma maior segurança jurídica no âmbito da UE.

O Parlamento Europeu, tal como outros intervenientes, concordou com as conclusões do Livro Verde, e convidou a Comissão a preparar um Livro Branco com propostas específicas destinadas a eliminar os obstáculos à eficácia das acções de indemnização por incumprimento das regras antitrust (UNIÃO EUROPEIA, 2008, p. 2-3).

Jones (2016, p. 15) observa que as principais dificuldades do sistema europeu em potencializar as ações reparatórias no período nesse período foram (i) os altos custos das ações privadas, cujos objetos seriam pequenos danos sofridos pelos lesados e o não desenvolvimento de ações coletivas, (ii) o histórico tribunais nacionais europeus em julgar poucos processos que

envolvem matéria concorrencial, (iii) a dificuldade na obtenção de prova em diversos sistemas jurídicos nacionais e (iv) a incerteza sobre o peso dado às decisões das autoridades antitruste nacionais no processo judicial.

Na visão de Wils (2009, p. 18-19), a Comissão Europeia rejeitou no Livro Branco algumas inspirações estadunidenses sobre ações civis e responsabilidade civil, como a não adoção de danos punitivos e a possibilidade do *passing-on defense*. Assim, a dissuasão ficou destinada ao *public enforcement*, enquanto as ações de ressarcimento foram endereçadas para a reparação dos danos (WILS, 2009, p. 19). Com efeito, o Livro Branco, ao contrário do Livro Verde, trouxe como objetivo principal a compensação dos prejudicados:

Qualquer cidadão ou empresa que sofra um dano em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust (artigos 81.º e 82.º do Tratado CE) deve ter a possibilidade de exigir reparação a quem causou o dano. O direito das vítimas a uma compensação é garantido pelo direito comunitário, tal como recordado pelo Tribunal de Justiça em 2001 e 2006. (...) O melhor modo de lutar contra a actual ineficácia das acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust reside numa combinação de medidas tomadas simultaneamente a nível comunitário e a nível nacional, com vista a garantir uma protecção mínima efectiva do direito das vítimas a obterem uma indemnização nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE em cada Estado-Membro e condições mais equitativas e uma maior segurança jurídica no âmbito da UE. (...) O objectivo principal do presente Livro Branco consiste em melhorar as condições legais de exercício por parte das vítimas do direito que lhes é conferido pelo Tratado de obterem reparação pelos danos sofridos em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. A plena indemnização é, por conseguinte, o primeiro e mais importante princípio orientador (UNIÃO EUROPEIA, 2008, p. 2-3).

Nesse sentido, Crane (2009, p. 31) e Juska (2018, p. 64-67) afirmam que a Comissão Europeia tem a dissuasão como objetivo secundário das ações reparatórias. Do mesmo modo, Peyer (2011, p. 638) observa que, ao não adotar indenizações punitivas, o *private enforcement* europeu estaria focado na função reparatória.

Em 2009, iniciou-se o processo onde se passou a discutir a tensão entre o *public* e o *private enforcement*, e culminou no caso *Pfleiderer x Bundeskartellamt*. *Pfleiderer* foi uma sociedade adquirente de produto de um membro de cartel condenado pelo *Bundeskartellamt*, autoridade da concorrência da Alemanha.

Pfleiderer requereu a *Bundeskartellamt* o acesso de provas obtidas no programa de leniência, que concedeu de forma limitada. *Pfleiderer* levou ao caso ao Tribunal de Bonn, que solicitou esclarecimento ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Este, por sua vez, afirmou

que na ausência de documento vinculante da União Europeia, cabe ao Poder Judiciário nacional decidir a questão:

Cumprе igualmente referir que nem as disposições do Tratado CE em matéria de concorrência nem o Regulamento n.º 1/2003 preveem regras comuns de clemência ou regras comuns a respeito do direito de acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência voluntariamente comunicados a uma autoridade nacional de concorrência em aplicação de um programa nacional de clemência.

No tocante às comunicações da Comissão, uma relativa à cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (JO 2004, C 101, p. 43) e outra relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO 2006, C 298, p. 17), há que realçar que não são vinculativas para os Estados-Membros. Acresce que esta última comunicação visa unicamente os programas de clemência aplicados pela própria Comissão.

No quadro da REC, um regime-modelo em matéria de clemência, que visa a harmonização de alguns elementos dos programas nacionais nesta matéria, foi também elaborado e adoptado no decurso do ano de 2006. Todavia, este regime-modelo também não produz efeitos vinculativos para os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros.

Assim, mesmo podendo as orientações formuladas pela Comissão produzir efeitos na prática das autoridades nacionais de concorrência, na falta de uma regulamentação vinculativa do direito da União nesta matéria, incumbe aos Estados-Membros estabelecer e aplicar as regras nacionais quanto ao direito de acesso das pessoas lesadas por um cartel aos documentos relativos aos procedimentos de clemência. (...)

Ora, como sustentaram a Comissão e os Estados-Membros que apresentaram observações, os programas de clemência constituem ferramentas úteis na luta eficaz para detectar e pôr cobro às violações das regras de concorrência e servem, assim, o objectivo da aplicação efectiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE.

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

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

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

Assim, no exame de um pedido de acesso aos documentos relativos a um programa de clemência apresentado por uma pessoa que procura obter uma indemnização por perdas e danos de outra pessoa que beneficiou de um programa de clemência, é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou

excessivamente difícil a obtenção de tal reparação (v., neste sentido, acórdão Courage e Crehan, já referido, n.º 29) e ponderar os interesses que justificam a comunicação das informações relativamente à protecção daquelas que foram voluntariamente fornecidas pelo requerente de clemência.

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

Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que as disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento n.º 1/2003, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infracção ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infracção. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União (UNIÃO EUROPEIA, 2011).

Nesse contexto, visando à uniformização e harmonia do direito nacional com o direito comunitário europeu, e a fim de limitar a ocorrência de casos semelhantes, a Comissão Europeia editou a Diretiva 2014/104/UE “*relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infracção às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.*” Nessa ocasião, o foco do debate foi a tensão existente entre *enforcement* público e privado e possíveis medidas para solucioná-la.

Em razão da supracitada divisão funcional da atuação pública e privada, existe uma preocupação da Comissão Europeia em preservar os incentivos do *public enforcement* em face dos estímulos para o desenvolvimento das ações privadas. Assim, destaca-se o parágrafo nº 26 do considerando da Diretiva nº 2014/104/UE, que proíbe a divulgação de documentos obtidos nos programas de leniência aos lesados para uso em ações reparatórias. É bem a intenção de se proteger a efetividade dos programas de leniência:

(26) Os programas de clemência e os procedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a deteção e investigação eficiente das infrações mais graves ao direito da concorrência, e para a imposição de sanções contra tais infrações. Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência em processos de cartéis se baseiam numa declaração de clemência e as ações de indemnização nos processos de cartéis decorrem, de um modo geral dessas decisões, os programas de clemência são igualmente importantes para a efetividade de ações de indemnização em processos de cartéis. As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o

risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Tal isenção deverá aplicar-se também às citações literais de uma declaração de clemência ou de uma proposta de transação incluídas noutros documentos. Essas limitações em matéria de divulgação de elementos de prova não deverão impedir as autoridades da concorrência de publicarem as suas decisões em conformidade com o direito da União ou nacional aplicável. A fim de assegurar que esta isenção relativamente à divulgação não afete indevidamente o direito dos lesados à reparação, esta deverá limitar-se a tais declarações de clemência e propostas de transação voluntárias e autoincriminatórias (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

No contexto europeu, Cauffmann (2013, p. 4-5) diferencia a confidencialidade em três níveis com base na proposição da Comissão Europeia aos Estados-membros: na primeira categoria, estaria a documentação classificada como “*black list*”, que não poderiam ser disponibilizadas em nenhuma hipótese; na segunda, as provas enquadradas como “*grey list*”, que poderiam ser compartilhadas após a decisão administrativa da autoridade da concorrência. Na terceira, aquelas que poderiam ser disponibilizadas aos interessados a qualquer momento, conhecidas como “*white list*”.

Nesse sentido, o art. 6º, § 6º, estabelece a confidencialidade dos acordos de leniência e das propostas de transação, proibindo a sua disponibilização para uso em ações judiciais. Estes documentos seriam enquadrados como “*black list*”, e não seriam passíveis de compartilhamento:

*Artigo 6º.
Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência (...)*

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

- a) As declarações de clemência, e*
- b) As propostas de transação.*

No entanto, a diretiva prevê documentos que poderão ser disponibilizados. A primeira categoria deles, classificada como “*grey list*”, está prevista no art. 6º, § 5º, são disponibilizados aos interessados após a conclusão do processo de investigação ocorrido no âmbito da autoridade antitruste nacional. Eles englobam as informações preparadas por particular e encaminhada à

autoridade antitruste, preparadas pela autoridade antitruste e as propostas de transações revogadas:

Artigo 6º.

Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência (...)

5. Os tribunais nacionais só podem ordenar a divulgação das seguintes categorias de elementos de prova depois de a autoridade da concorrência, mediante decisão ou outro meio, ter concluído o seu processo:

- a) A informação preparada por uma pessoa singular ou coletiva especificamente para o processo de uma autoridade da concorrência;*
- b) A informação elaborada por uma autoridade da concorrência e enviada às partes no decurso do seu processo; e*
- c) As propostas de transação revogadas.*

Na categoria “*white list*” compreende-se os documentos e as informações que não se enquadram nas duas categorias acima. Estes são disponibilizados em qualquer momento:

Artigo 6º.

Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência (...)

9. A divulgação de elementos de prova incluídos no processo da autoridade da concorrência e não abrangidos por nenhuma das categorias mencionadas no presente artigo pode ser ordenada a qualquer momento em ações de indemnização, sem prejuízo do presente artigo.

Esse modelo de classificação de informações adotado pela Comissão Europeia se aproxima daquele presente na Resolução nº 21/2018 do CADE, que será avaliada mais adiante.

Em relação à responsabilidade civil do beneficiário do programa de leniência, chama-se a atenção para o parágrafo nº 38 do considerando, que limita a responsabilidade deste aos danos causados a seus adquirentes diretos e indiretos. Em relação aos demais prejudicados, o beneficiário do programa de leniência só seria obrigado a indenizá-los se os outros coautores fossem incapazes de ressarcir-los integralmente:

38. (...) Convém, por conseguinte, que o beneficiário de dispensa de coima seja, em princípio, exonerado da responsabilidade solidária pela totalidade dos danos e que a sua participação relativamente aos coinfratores não exceda o montante dos danos causados aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Na medida em que um cartel tenha causado danos a outros que não os clientes ou os fornecedores das empresas infratoras, a participação do beneficiário de dispensa de coima não deverá exceder a sua responsabilidade relativa pelos danos causados pelo cartel. Essa parte deverá ser determinada em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar a participação dos infratores. O beneficiário de dispensa de coima deverá permanecer totalmente responsável em relação aos lesados que não os seus

adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos apenas se eles não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Nesse sentido, foi editado o art. 11, § 4º, que prevê a supracitada limitação de responsabilidade:

Artigo 11º.

Responsabilidade solidária (...)

4. Em derrogação ao n.º 1, os Estados-Membros asseguram que o beneficiário da dispensa de coima seja solidariamente responsável:

a) Perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos; e

b) Perante os outros lesados, apenas se não puder ser obtida reparação integral das outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência.

No entanto, a Diretiva europeia foi muito criticada. Kersting (2013, p. 3-5) e Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015, p. 25) entendem de que limitar a capacidade de reparação das vítimas por meio da restrição ao acesso de provas obtidas pela autoridade antitruste não é a melhor forma de preservar a eficácia do programa de leniência e recomendam limitar a responsabilidade civil do beneficiário do acordo de leniência e permitir o amplo acesso dos prejudicados às provas obtidas pelo referido instituto.

Em sentido contrário, Wils (2017, p. 43-45) não considera positiva a limitação ou extinção da responsabilidade solidária do beneficiário do acordo de leniência, pois haveria uma exonera ampla da responsabilidade do infrator beneficiário do programa de leniência.

Bodnar *et al* (2019, p. 31) observa que as regras previstas na Diretiva 2014/104/EU produzem os efeitos de: (i) diminuir a formação de cartéis com a aplicação do *private enforcement*; (ii) reduzir a qualificação dos infratores para a celebração do acordo de leniência; (iii) estabilizar os cartéis formados em momentos anteriores à sua vigência; e de (iv) reduzir o número de cartéis em que há pedidos de indenização.

Como forma de corrigir o sistema implementado pela Comissão Europeia na Diretiva 2014/104/UE, tem-se destacado as regras do direito húngaro, que serão abordados adiante.

Sobre o prazo prescricional, a Diretiva previu que os Estados-membros devem fixá-lo em pelo menos cinco anos. Além disso, a critério das respectivas leis nacionais, que os Estados-membros optem pela suspensão ou interrupção do prazo prescricional se a autoridade antitruste tomar uma medida investigativa relacionada à conduta que enseja reparação:

Artigo 10º Prazos de prescrição

1. Os Estados-Membros estabelecem, nos termos do presente artigo, as regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização. Essas regras determinam quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do mesmo e as circunstâncias em que este é interrompido ou suspenso.

2. O prazo de prescrição não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento:

a) Do comportamento em causa e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;

b) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado dano; e

c) Da identidade do infrator.

3. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de cinco anos.

4. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído.

Ademais, os mecanismos de reparação coletiva foram debatidos pela Comissão Europeia. Nesse contexto, foram editadas a “*Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indenizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo Direito da União*”. Em síntese, recomenda-se ações coletivas do tipo *opt-in* em rito sumarizado com possibilidade de resolução alternativa de conflitos após o término do procedimento pela autoridade da concorrência, além de proibir indenizações punitivas e permitir honorários advocatícios proporcionais:

13. Os Estados-Membros devem assegurar que a parte vencida numa ação de tutela coletiva reembolsa as custas judiciais necessárias suportadas pela parte vencedora («princípio do perdedor pagador»), sob reserva das condições estabelecidas pela legislação nacional aplicável. (...)

19. Os tribunais e as autoridades públicas competentes devem tratar os pedidos de injunção que requeiram a cessação de uma violação de direitos concedidos pelo direito da União ou a proibam com a devida celeridade, se necessário mediante um processo sumário, a fim de evitar ou pôr termo a uma ocorrência de danos devido a essa violação. (...)

21. A parte requerente deve ser constituída com base no consentimento expresso das pessoas singulares ou coletivas que aleguem ter sido lesadas («princípio da adesão»). Qualquer exceção a este princípio, legal ou judicial, deve ser devidamente fundamentada por razões de boa administração da justiça. (...)

25. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes num litígio relativo a uma situação de dano em massa são incentivados a resolver o litígio sobre a compensação consensual ou extrajudicialmente, tanto na fase anterior ao processo como durante o processo cível, tendo igualmente em conta os requisitos da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial. (...)

29. Os Estados-Membros devem assegurar que a remuneração dos advogados, assim como o respetivo método de cálculo, não incentiva a litigância

desnecessária do ponto de vista dos interesses de qualquer das partes. (...)

31. A indemnização atribuída às pessoas singulares ou coletivas lesadas em situação de dano em massa não deve exceder a compensação que teria sido atribuída se o direito tivesse sido reclamado através de ações individuais. Devem ser proibidas, em especial, as indemnizações punitivas, que conduzam a uma sobrecompensação do dano sofrido a favor da parte requerente. (...)

33. Os Estados-Membros devem assegurar que, em matérias em que uma autoridade pública é competente para adotar uma decisão que determine ter-se verificado uma violação do direito da União as ações de tutela coletiva só se iniciem, regra geral, após a conclusão definitiva dos processos que forem encetados pela autoridade pública antes do início da ação privada. Se a ação da autoridade pública tiver sido encetada após o início da ação de tutela coletiva, o tribunal deve evitar pronunciar-se de modo que possa colidir com uma decisão da autoridade pública. Para o efeito, o tribunal pode suspender a ação de tutela coletiva até à conclusão do processo da autoridade pública (UNIÃO EUROPEIA, 2013).

Juska (2018, 2018, p. 81-84) critica a eficácia das recomendações supracitadas, visto que (i) há imensa dificuldade em atrair a adesão dos prejudicados às ações coletivas *opt-in*, como ocorreram na França e no Reino Unido; (ii) a baixa capacidade de financiamento e organização das entidades representantes dos consumidores; e (iii) os elevados custos das ações coletivas, que tomam parte significativa dos ganhos provenientes da sentença.

Portanto, vê-se que a Comissão Europeia busca preservar os incentivos do acordo de leniência e incrementar o ajuizamento de ações reparatórias. Para tanto, manteve a confidencialidade dos documentos e provas obtidas pelo programa de leniência, além de retirar a solidariedade de seu beneficiário em relação aos danos provocados pelos demais coinfratores.

5.1.3. Canadá

O *Competition Bureau of Canada* é a autoridade da concorrência canadense e é presidido pelo *Commissioner of Competition*. O Canadá possui experiência com o *private enforcement* e nota-se um crescente uso de ações coletivas como forma de ressarcir os prejudicados (OCDE, 2015c).

Diferentemente do direito estadunidense, a seção nº 36, do *Competition Act*, de 1985, que regulamenta as ações reparatórias, não permite indenização punitiva e apresenta prazo prescricional de dois anos:

36 (1) Toda pessoa que tenha sofrido perdas ou danos como resultado de

(a) conduta contrária a qualquer disposição da Parte VI, ou

(b) o não cumprimento por qualquer pessoa de uma ordem do Tribunal fundamentado nestae lei, pode, em qualquer tribunal de jurisdição competente, processar e requerer da pessoa que se envolveu na conduta ou não cumpriu a ordem um montante igual à perda ou dano comprovadamente sofrido por ela,

juntamente com qualquer montante adicional que o tribunal possa permitir não exceder o custo total de qualquer investigação relacionada ao objeto e processos dipostos nesta seção. (...)

36 (4) Nenhuma ação pode ser intentada com base nesta subseção (1),

a) No caso de uma ação baseada em conduta contrária a qualquer disposição da Parte VI, após dois anos a contar

(i) do dia em que a conduta foi praticada, ou

(ii) do dia em que qualquer processo penal a ele relacionado tenha sido finalmente resolvido, seja qual for a data posterior; e

b) no caso de uma ação baseada no descumprimento de uma ordem do Tribunal, após dois anos a contar

(i) do dia em que a ordem do Tribunal tenha sido violada, ou

(ii) do dia em que qualquer processo penal a ele relacionado tenha sido finalmente resolvido.²⁴

Ao observar a seção nº 36, do *Competition Act*, de 1985, nota-se que a responsabilidade civil do beneficiário da leniência é solidária, não existindo benefícios civis para o signatário da transação.

Em relação ao compartilhamento de informações em posse do *Competition Bureau of Canada*, destaca-se que a autoridade não fornece voluntariamente informações aos interessados em ajuizar ações com base na referida seção nº 36, e que ela se opõe às intimações para fornecimento de informações que possam prejudicar o inquérito em curso:

Confidencialidade

29 (1) Nenhuma pessoa que desempenhe ou tenha desempenhado funções na administração ou executado esta Lei deverá comunicar ou permitir que seja comunicada a qualquer outra pessoa, exceto a uma agência canadense de enforcement da Lei ou para os fins da administração ou execução da presente Lei:

a) A identidade de qualquer pessoa a quem tenham sido obtidas informações nos termos da presente Lei;

(b) qualquer informação obtida nos termos das Seções 11, 15, 16 ou 114;

(b.1) qualquer informação obtida nos termos de quaisquer das Seções 53.71 a 53.81 da Lei dos Transportes do Canadá;

²⁴ Traduzido do original:

36 (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or

(b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act, may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section. (...)

36 (4) No action may be brought under subsection (1),

(a) in the case of an action based on conduct that is contrary to any provision of Part VI, after two years from

(i) a day on which the conduct was engaged in, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of, whichever is the later; and

(b) in the case of an action based on the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court, after two years from

(i) a day on which the order of the Tribunal or court was contravened, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of, whichever is the later.

(c) se a notificação foi dada ou as informações fornecidas relativamente a uma operação proposta de que trata a Seção 114;

(d) qualquer informação obtida de uma pessoa que solicite uma certidão nos termos da Seção 102; ou

e) qualquer informação fornecida voluntariamente nos termos da presente lei.

Exceção

(2) Esta seção não se aplica a qualquer informação que tenha sido publicada ou qualquer informação cuja comunicação tenha sido autorizada pela pessoa que a forneceu.²⁵

Além disso, o *Competition Bureau of Canada* desenvolveu, em 2007, o documento chamado “*Information Bulletin on the Communication of Confidential Information Under the Competition Act*”, que regulamenta a confidencialidade das informações obtidas pela autoridade da concorrência canadense.

Nesse contexto, ele confere caráter sigiloso às provas obtidas pelo acordo de leniência, salvo por previsão legal, por consentimento ou pelas exceções taxativamente previstas no item 7.1.2 do documento. Em relação à solicitação no âmbito das ações privadas de reparação, o *Competition Bureau of Canada* admite que preservará a confidencialidade das referidas informações:

7.1.1 Os Programas de Imunidade e de Leniência do Bureau incentivam as partes que se envolveram em conduta criminosa anticoncorrencial proibida pela lei de se apresentar para admitir a sua conduta ilegal e oferecer-se para cooperar com a investigação do FBI e qualquer processo subsequente. Quando uma parte requerente é a primeira a abordar a Mesa e preenche os requisitos de o Programa de Leniência, o Bureau recomendará que o Procurador do Ministério Público do Canadá conceda imunidade de acusação ao requerente. O Bureau recomendará tratamento indulgente na sentença para os requerentes subsequentes que se dirijam à Agência e cumprir os requisitos do Programa de Leniência.

7.1.2 O Bureau trata como confidencial a identidade de uma parte que solicita imunidade ou leniência. Apenas as exceções a esta política são onde:

- a divulgação é exigida por lei;

- a revelação é necessária para obter ou manter a validade de uma autorização judicial para o exercício dos poderes de investigação;

²⁵Traduzido do original:

Confidentiality

29 (1) No person who performs or has performed duties or functions in the administration or enforcement of this Act shall communicate or allow to be communicated to any other person except to a Canadian law enforcement agency or for the purposes of the administration or enforcement of this Act:

(a) the identity of any person from whom information was obtained pursuant to this Act;

(b) any information obtained pursuant to section 11, 15, 16 or 114;

(b.1) any information obtained under any of sections 53.71 to 53.81 of the *Canada Transportation Act*;

(c) whether notice has been given or information supplied in respect of a particular proposed transaction under section 114;

(d) any information obtained from a person requesting a certificate under section 102; or

(e) any information provided voluntarily pursuant to this Act.

Exception

(2) This section does not apply in respect of any information that has been made public or any information the communication of which was authorized by the person who provided the information.

- A divulgação tem por objetivo assegurar a assistência de uma autoridade canadense de aplicação da lei agência no exercício dos poderes de investigação;
 - a parte concordou com a divulgação ou tenha havido divulgação pública pela parte; ou

- A divulgação é necessária para evitar a prática de um crime criminal grave.

7.1.3 Além disso, o Bureau trata as informações obtidas de uma parte que solicite imunidade ou leniência como confidencial, sujeito apenas às exceções listadas em 7.1.2 acima, ou onde a divulgação de tais informações é de outra forma o propósito para administração ou aplicação da lei.

7.1.4 Sob o Programa de Leniência, o Bureau não revelará a identidade de uma parte que busca imunidade, ou as informações obtidas dessa parte, a qualquer agência de aplicação da lei estrangeira, sem o consentimento da parte. No âmbito do Programa de Leniência, o Bureau não divulgará a identidade de um requerente que solicita a leniência, ou as informações obtidas junto a esse requerente, a qualquer agência de aplicação da lei estrangeira sem o consentimento do requerente ou a menos que seja previsto por lei. O consentimento da parte, no contexto dos pedidos de imunidade e leniência, é comum referido como uma "renúncia".

7.1.5 É política do Bureau em relação a ações privadas ao abrigo da seção 36 da Lei providenciar informações e provas confidenciais apenas em resposta a uma ordem judicial. Em conexão com informações obtidas no âmbito dos Programas de Imunidade e Leniência, o Bureau tomará todas as medidas necessárias para passos razoáveis para proteger a confidencialidade da informação (CANADÁ, 2007, p. 10-11, tradução nossa).²⁶

²⁶ Traduzido do original:

7.1.1 The Bureau's Immunity and Leniency Programs encourage parties who have engaged in criminal anti-competitive conduct prohibited by the Act to come forward to admit their illegal activity and offer to cooperate with the Bureau's investigation and any subsequent prosecution. Where an applicant party is the first to approach the Bureau and meets the requirements of the Immunity Program, the Bureau will recommend that the Director of Public Prosecutions of Canada provide the applicant with immunity from prosecution. The Bureau will recommend lenient treatment in sentencing for subsequent applicant parties who approach the Bureau and meet the requirements of the Leniency Program.

7.1.2 The Bureau treats as confidential the identity of a party requesting immunity or leniency. The only exceptions to this policy are where:

- disclosure is required by law;
- disclosure is necessary to obtain or maintain the validity of a judicial authorization for the exercise of investigative powers;
- disclosure is for the purpose of securing the assistance of a Canadian law enforcement agency in the exercise of investigative powers;
- the party has agreed to disclosure; there has been public disclosure by the party; or
- disclosure is necessary to prevent the commission of a serious criminal offence.

7.1.3 Furthermore, the Bureau treats information obtained from a party requesting immunity or leniency as confidential, subject only to the exceptions listed in 7.1.2 above, or where disclosure of such information is otherwise for the purpose of the administration or enforcement of the Act.

7.1.4 Under the Immunity Program, the Bureau will not disclose the identity of a party seeking immunity, or the information obtained from that party, to any foreign law enforcement agency, without the consent of the party. Under the Leniency Program, the Bureau will not disclose the identity of an applicant seeking leniency, or the information obtained from that applicant, to any foreign law enforcement agency without the consent of the applicant or unless required by law. The party's consent, in the context of immunity and leniency applications, is commonly referred to as a "waiver".

7.1.5 It is the Bureau's policy with respect to private actions under section 36 of the Act to provide confidential information and evidence only in response to a court order. In connection with information obtained under the Immunity and Leniency Programs, the Bureau will take all reasonable steps to protect the confidentiality of the information.

Com efeito, o documento reforça que, em relação às ações privadas, a Seção nº 36 não cria direito subjetivo de acesso aos documentos em posse da autoridade aos interessados:

7.6.1 Nos termos da Seção 36 da Lei, as partes podem ajuizar ação para recuperar os danos incorridos como resultado de conduta contrária ao Item VI da Lei ou de infração cometida por qualquer pessoa ao cumprimento de uma ordem do Tribunal da Concorrência ou de um Tribunal nos termos da Lei. Partes em ações fundamentadas na Seção 36 podem acreditar que o Bureau possui informações, tais como informações obtidas como resultado do uso de poderes formais de investigação, que poderiam ser relevantes para as suas reivindicações. No entanto, é importante notar que a Seção 36 não fornece um direito geral de acesso aos registros na posse ou controle do Bureau.

7.6.2 Preservar a independência necessária para o cumprimento eficaz do mandato do Bureau e para proteger a integridade do processo de investigação e a confidencialidade da informação em sua posse, o Bureau não fornecerá voluntariamente informações a pessoas que estejam a contemplar ou a iniciar uma ação judicial baseada na Seção 36.

7.6.3 Se for notificada com uma intimação, o Bureau responderá o solicitante e se oporá à intimações que exigem a divulgação de informações se o cumprimento das mesmas puderem interferir em um exame ou inquérito em curso, ou de outra forma afetar negativamente a administração ou aplicação da lei. Se a oposição do Bureau não for bem-sucedida, ele procurará a um Tribunal ordens de proteção para manter a confidencialidade das informações em questão (CANADÁ, 2007, p. 13, tradução nossa).²⁷

Nesse sentido, o *Bureau of Canada* disponibilizou um guia chamado “*Immunity and Leniency Programs under the Competition Act*”. Nele, reforça-se a confidencialidade tanto das informações prestadas pelo proponente do acordo quanto de sua identidade:

207. A política do Bureau sobre confidencialidade em relação aos proponentes de imunidade e leniência e as informações que eles fornecem são superiores àquelas fornecidas na Seção 29. O Bureau trata a identidade dos proponentes de imunidade e leniência ou qualquer informação fornecida pelo proponente como confidencial, exceto quando:

- 1. a divulgação é exigida por lei;*
- 2. a divulgação é necessária para obter ou manter a validade de uma autorização judicial para o exercício de poderes de investigação;*
- 3. a divulgação tem como objetivo garantir a assistência de uma agência de aplicação da lei canadense no exercício de poderes de investigação;*

²⁷ Traduzido do original:

7.6.1 Under section 36 of the Act, private parties can commence legal action to recover damages incurred as a result of conduct contrary to Part VI of the Act or the failure of any person to comply with an order of the Competition Tribunal or a court under the Act. Persons contemplating actions under section 36 may believe that the Bureau possesses information, such as information obtained as a result of the use of formal investigative powers, which could be relevant to their claims. However, it is important to note that section 36 does not provide a general right of access to records in the Bureau’s possession or control.

7.6.2 To preserve the independence necessary to carry out the Bureau’s mandate effectively and to protect the integrity of the Bureau’s investigative process and the confidentiality of information in its possession, the Bureau will not voluntarily provide information to persons contemplating or initiating a section 36 action.

7.6.3 If served with a subpoena, the Bureau will inform the information provider and oppose subpoenas for production of information if compliance with them would potentially interfere with an ongoing examination or inquiry, or otherwise adversely affect the administration or enforcement of the Act. If the Bureau’s opposition is unsuccessful, it will seek protective court orders to maintain the confidentiality of the information in question.

4. a parte concordou em divulgar;
 5. houver divulgação pública pela parte;
 6. a divulgação é necessária para impedir a prática de um crime grave; ou
 7. no caso de informações que não sejam a identidade do requerente de imunidade ou leniência, quando a divulgação dessas informações for para fins de administração ou aplicação da lei.
208. O funcionamento das disposições de confidencialidade encontradas no parágrafo 207 é ainda qualificado pelos parágrafos seguintes.
209. O Bureau não divulgará a identidade de um proponente de imunidade ou leniência, ou as informações fornecidas por ele, a qualquer autoridade estrangeira de aplicação da lei sem o consentimento do proponente, ou a menos que exigido por lei (por exemplo, em resposta a uma ordem de um tribunal canadense de jurisdição competente).
210. Normalmente, a identidade de um solicitante permanecerá confidencial até que ele entre com uma declaração de culpa no tribunal ou até que sejam apresentadas acusações contra outros participantes pela ofensa e seja necessária a divulgação do caso do DPP ao acusado.
211. Os proponentes devem estar cientes, entretanto, de que sua identidade pode ser divulgada antes que as acusações sejam feitas se o Bureau confiar em suas evidências em pedido feito a um tribunal canadense para obter um mandado de busca, ordem de produção ou autorização judicial de qualquer medida investigativa. O recurso de busca de mandados e ordens de produção, entre outras coisas, pode ser de extrema importância para uma investigação. Para obter autorizações judiciais, o Bureau deve fornecer ao tribunal informações de que existem motivos razoáveis para acreditar que um crime foi ou será cometido. O Bureau confiará nas informações fornecidas pelo proponente para estabelecer tais motivos.
212. O Bureau não permitirá que o interesse de um proponente em manter a confidencialidade comprometa a capacidade do Bureau de aplicar efetivamente a Lei. No entanto, o Bureau tomará todas as medidas razoáveis para garantir que esse tipo de divulgação antecipada não ocorra, exceto quando necessário. O Bureau elaborará solicitações aos tribunais para autorizar poderes de investigação, chamados de "Informações a Obter" (ITO), de maneira a garantir a proteção da identidade de um proponente, a menos que o Bureau considere que tal redação não forneça motivos suficientes para obter a autorização pleiteada.
213. Se a identidade do proponente não puder ser mantida em sigilo quando o Bureau solicitar tal autorização, solicitará que o ITO, ou parte relevante do mesmo, seja sigiloso até que as acusações sejam feitas. Se uma parte contestar a ordem de sigilo de um tribunal para acessar o ITO, o Bureau recomendará ao DPP que resista à divulgação da identidade do proponente e forneça uma versão editada do ITO, com a identidade do solicitante mantida em sigilo, a menos que o tribunal ordene o contrário. Quando parecer provável que a divulgação seja inevitável, o Bureau informará o proponente o mais rápido possível (CANADÁ, 2019, tradução nossa).²⁸

²⁸Traduzido do original:

Confidentiality

207. The Bureau's policy on confidentiality with respect to immunity and leniency applicants and the information they provide is over and above that provided in section 29 of the Act. The Bureau treats the identity of immunity and leniency applicants or any information provided by the applicant as confidential, except where:

1. disclosure is required by law;
2. disclosure is necessary to obtain or maintain the validity of a judicial authorization for the exercise of investigative powers;
3. disclosure is for the purpose of securing the assistance of a Canadian law enforcement agency in the exercise of investigative powers;
4. the party has agreed to disclosure;

O guia também estabelece algumas diretrizes para conciliar a transação feita com o infrator com o direito de reparação judicial conduzido pelos ofendidos. Nesses casos, o signatário do acordo de leniência deve informar ao *Bureau* a existência de ações civis de reparação provenientes de ilícitos investigados pela autoridade. Além disso, uma cooperação do signatário do acordo de leniência com os prejudicados não pode comprometer as investigações conduzidas pelo *Bureau*, que se compromete a tomar todas as medidas para manter confidencialidade do signatário e de todas as suas informações por ele prestadas:

Ações Privadas (Civis)

217. *Quando um signatário de imunidade ou leniência é membro de um acordo em uma ação civil, deve estar ciente de que sua primeira obrigação é fornecer cooperação completa, oportuna e contínua à investigação e repressão da infração cuja imunidade ou leniência foi buscada.*

218. *Os acordos firmados em relação a uma ação civil devem estar subordinados ao compromisso devido nos Programas de Imunidade e Leniência e aos termos do Acordo de Imunidade ou Delação Premiada, conforme o caso. Além disso, os signatários de imunidade e leniência devem manter o Bureau e o DPP informados continuamente sobre o status geral de qualquer ação civil em que estejam envolvidos.*

219. *O Bureau não tem interesse em impedir a cooperação ou em penalizar um signatário de imunidade ou leniência por divulgação antecipada ou cooperação em uma ação civil. Caso deseje cooperar com um litigante civil em troca de "crédito" em relação a qualquer responsabilidade civil que possa ser devida, esse*

5. there has been public disclosure by the party;

6. disclosure is necessary to prevent the commission of a serious criminal offence; or

7. in the case of information other than the immunity or leniency applicant's identity, where disclosure of such information is for the purpose of the administration or enforcement of the Act.

208. The operation of the confidentiality provisions found in paragraph 207 is further qualified by the following paragraphs.

209. The Bureau will not disclose the identity of an immunity or leniency applicant or the information provided by that applicant to any foreign law enforcement agency without the consent of the applicant or unless required by law (e.g., in response to an order of a Canadian court of competent jurisdiction).

210. Typically, the identity of an applicant will remain confidential until the applicant enters a guilty plea into court or until charges are laid against other participants to the offence and disclosure of the DPP's case to the accused is required.

211. Applicants should be aware, however, that their identity may be disclosed before charges are laid if the Bureau relies on their evidence in an application to a Canadian court for a search warrant, production order or judicial authorization of any investigative measure. Recourse to search warrants and production orders, among other things, can be of utmost importance to an investigation. To obtain court authorizations, the Bureau must provide the court with information that there are reasonable grounds to believe that an offence has been, or will be, committed. The Bureau will rely on the information provided by the applicant to establish these grounds.

212. The Bureau will not allow an applicant's interest in maintaining confidentiality to jeopardize the Bureau's ability to effectively enforce the Act. However, the Bureau will take all reasonable steps to ensure that this type of early disclosure does not occur, except where necessary. The Bureau will draft applications to the courts for authorization of investigative powers, referred to as an "Information to Obtain" (ITO), in a manner designed to secure the protection of an applicant's identity, unless the Bureau is of the view that such drafting would not provide sufficient grounds to obtain the authorization requested.

213. If the identity of the applicant cannot be kept confidential when the Bureau applies for such authorization, it will request that the ITO, or relevant portion thereof, be sealed until charges are laid. If a party challenges the sealing order before a court to access the ITO, the Bureau will recommend to the DPP that it resist the disclosure of the applicant's identity and provide a redacted version of the ITO, with the identity of the applicant kept confidential, unless the court orders otherwise. Where it appears likely that disclosure is unavoidable, the Bureau will advise the applicant as soon as possible.

interesse deve ser comunicado o mais cedo possível ao Bureau e ao DPP. Isso permitirá que o Bureau e o DPP determinem como o signatário de imunidade ou leniência poderá fornecer cooperação na ação civil sem comprometer a investigação criminal do Bureau ou a acusação do DPP. A falha de um signatário de imunidade ou leniência em informar o Bureau e o DPP de suas atividades a esse respeito pode comprometer o status deste signatário nos Programas de Imunidade ou Leniência.

220. A política do Bureau com relação a ações privadas nos termos da seção 36 é divulgar a identidade ou qualquer informação fornecida por um signatário de imunidade ou leniência apenas em resposta a uma ordem judicial. No caso de tal ordem, o Bureau tomará todas as medidas razoáveis para proteger a confidencialidade das informações e a identidade do signatário, inclusive buscando ordens judiciais (CANADÁ, 2019, tradução nossa).²⁹

Ademais, a legislação canadense permite que o *Competition Bureau of Canada* intervenha em ações judiciais entre particulares que envolvam matéria concorrencial, além de poder acompanhar os acordos firmados entre as partes de uma ação privada:

Nota Marginal: Aviso ao Comissário

(2) Ao apresentar o acordo ao Tribunal, as partes devem entregar sem demora uma cópia do mesmo ao Comissário.

(...)

Intervenção do Comissário

(6) A pedido do Comissário, o Tribunal pode alterar ou rescindir um acordo registrado se verificar que o acordo tem ou é susceptível a efeitos anticoncorreciais.³⁰

²⁹ Traduzido do original:

Private (Civil) Actions

217. Where an immunity or leniency applicant is a member of a joint defence agreement in a civil action, it must be mindful that its first obligation is to provide complete, timely and ongoing cooperation to the investigation and prosecution of the offence for which immunity or leniency is sought.

218. Arrangements entered into in respect of a coordinated defence to a civil action must be subordinate to the overriding commitment owed under the Immunity and Leniency Programs and the terms of the immunity or plea agreement, as the case may be. Further, immunity and leniency applicants must keep the Bureau and the DPP apprised on an ongoing basis of the general status of any civil action in which it is involved.

219. The Bureau has no interest in forestalling cooperation or in penalizing an immunity or leniency applicant for early disclosure or cooperation in a civil action. In the event that it wishes to cooperate with a civil litigant in exchange for "credit" in respect of any civil liability that may be owed, this interest should be communicated as early as possible to the Bureau and the DPP. This will enable the Bureau and the DPP to determine how the immunity or leniency applicant might provide cooperation in the civil action without jeopardizing the Bureau's criminal investigation or the DPP's prosecution. Failure by an immunity or leniency applicant to advise the Bureau and the DPP of its activities in this regard may jeopardize the applicant's status under the Immunity or Leniency Programs.

220. The Bureau's policy with respect to private actions under section 36 of the Act is to disclose the identity of, or any information provided by, an immunity or leniency applicant only in response to a court order. In the event of such an order, the Bureau will take all reasonable steps to protect the confidentiality of the information and the identity of the applicant, including seeking protective court orders.

³⁰ Traduzido do original:

Marginal note: Notice to Commissioner

(2) On filing the consent agreement with the Tribunal for registration, the parties shall serve a copy of it on the Commissioner without delay. (...)

Commissioner may intervene

(6) On application by the Commissioner, the Tribunal may vary or rescind a registered consent agreement if it finds that the agreement has or is likely to have anti-competitive effects.

Portanto, diante do histórico de ajuizamento de ações reparatórias, percebe-se que o Canadá busca proteger o dever do *Bureau* de investigar e punir as condutas deletérias à ordem econômica por meio da confidencialidade da identidade do beneficiário e das informações por ele prestadas no programa de leniência.

5.1.4. Reino Unido

A autoridade da concorrência do Reino Unido é a *Competition Market Authority* (CMA), e sua competência investigativa é atribuída pelo *Competition Act*, de 1998. Ressalta-se que a CMA não tem competência sancionatória e precisa recorrer ao Poder Judiciário para aplicar as penalidades cabíveis, e, uma vez publicada a sentença, torna-se acessível a qualquer interessado os fundamentos que norteiam a condenação (BRASIL, 2016a, p. 5). Com isso, os prejudicados têm acesso a informações mínimas para promover as ações reparatórias.

Para a OCDE (2015d), o Reino Unido é um dos países europeus onde o *private enforcement* mais se desenvolveu, especialmente por meio de ações *follow-on*. A Seção nº 47A, do *Competition Act*, prevê o direito de ação dos prejudicados e as ações são processadas em um tribunal especializado, o *Competition Appeal Tribunal* (CAT):

47A Processos perante o Tribunal: pedidos indenizatórios, etc.

(1) Uma pessoa pode propor uma ação a qual esta seção se aplica perante o Tribunal, sujeita às disposições da presente lei e às regras do Tribunal.

(2) Esta seção aplica-se a um pedido especificado na subseção (3) em que uma pessoa que tenha sofrido perdas ou danos pode ajuizar ações civis em qualquer parte do Reino Unido relativamente a uma violação a...

(a) Uma proibição do Capítulo I,

(b) Uma proibição do Capítulo II,

(c) Uma proibição da Seção 101(1), ou

(d) Uma proibição da Seção 102.

(3) Os pedidos são

(a) Uma indenização;

(b) Uma outra indenização por uma soma de dinheiro;

(c) Em processos em Inglaterra e no País de Gales ou na Irlanda do Norte, um pedido relacionado a uma obrigação de fazer ou não fazer.³¹

³¹ Traduzido do original:

47A Proceedings before the Tribunal: claims for damages etc.

(1) A person may make a claim to which this section applies in proceedings before the Tribunal, subject to the provisions of this Act and Tribunal rules.

(2) This section applies to a claim of a kind specified in subsection (3) which a person who has suffered loss or damage may make in civil proceedings brought in any part of the United Kingdom in respect of an infringement decision or an alleged infringement of—

(a) the Chapter I prohibition,

(b) the Chapter II prohibition,

(c) the prohibition in Article 101(1), or

(d) the prohibition in Article 102.

(3) The claims are—

Para a OCDE (2015d), o *private enforcement* no Reino Unido caracteriza-se pela (i) resolução de litígios por meio de transações; pela (ii) predominância de ações *follow-on* sobre as *stand-alone*; e (iii) pelas ações coletivas. Nesse sentido, Rodger (2013, p. 128) atribui a demora no julgamento dos processos e a dificuldade de se identificar o valor do dano como empecilhos do *private enforcement* no Reino Unido.

Quanto à tensão entre medidas públicas e privadas, destacasse o caso *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd & Ors*, julgado pela *High Court of Justice* em 2012, onde foi discutido o acesso das provas obtidas no programa de leniência aos prejudicados:

59. No que diz respeito aos outros documentos cobertos pelo pedido, considero que apenas passagens muito limitadas de alguns desses documentos devem ser divulgadas. Das respostas da ABB aos pedidos de informação da Comissão, estas são passagens que, na sua maioria, fornecem explicações sobre alguns dos documentos pré-existentes fornecidos pela ABB à Comissão, que, segundo sei, já foram divulgados pela ABB à NGET, ou que explicam a forma como o cartel operou. (...). No que diz respeito a todos os outros materiais da ABB sobre leniência, incluindo as respostas da ABB à SO, e às outras partes do documento da Areva, considero que não são tão relevantes para estes processos e que o interesse de proteger as informações fornecidas no âmbito do programa de leniência prevalece sobre o interesse de fornecer divulgação para auxiliar este pedido de reparação (Reino Unido, 2012, tradução nossa).³²

Ressalta-se que, no referido julgado, o *High Court of Justice* não considerou as informações obtidas pelo acordo de leniência determinantes para julgar a ação na medida em que o autor teve acesso a documentos preexistentes em posse de um dos réus que fundamentava seu pleito. Como o autor estava munido de provas consideráveis, o tribunal inglês entendeu que a solução seria preservar o acordo de leniência.

(a) a claim for damages;

(b) any other claim for a sum of money;

(c) in proceedings in England and Wales or Northern Ireland, a claim for an injunction.

³² Traduzido do original:

59. As regards the other documents covered by the amended application, I consider that only very limited passages from a few of those documents should be disclosed. From the responses by ABB to the information requests from the Commission, those are passages which for the most part provide explanations of some of the pre-existing documents supplied by ABB to the Commission, which as I understand it have already been disclosed by ABB to NGET, or which explain the way the cartel operated. From the response of Areva to the information request from the Commission, the version of this document held by ABB and Siemens is in itself in redacted form. I find that in respect of only one answer which gives some explanation of the nature of the discussions at cartel meetings, and the documents involved, is the potential relevance of the material such that it should be disclosed. I set out those references in the Appendix. As regards all the other ABB leniency materials, including the responses by ABB to the SO, and the other parts of the Areva document, I find that they are not of such relevance to these proceedings and that the interest of protecting information supplied under the leniency programme outweighs the interest of providing disclosure to assist this compensation claim.

Nesse sentido, pouco após a edição da Diretiva nº 2014/104/EU, houve a promulgação, em 2015, do *Consumer Rights Act* (CRA), que trouxe várias normas. Dentre elas, destaca-se Seção 47B ao *Competition Act*. Essa seção regulamenta o processo coletivo e possibilita o ajuizamento de ações *opt-out*:

47B Processo Coletivo perante o Tribunal

(...)

(11) "Processos coletivos *opt-out*" são processos coletivos instaurados em nome de cada membro da classe, exceto...

a) aquele que opte pela exclusão, notificando o representante, na forma e no prazo especificados, de que sua pretensão não deve ser incluída no processo coletivo, e

b) a qualquer membro da classe que...

(i) não está domiciliado no Reino Unido na data especificada, e

(ii) não opte, na forma e no prazo especificados, por notificar o representante de que a sua pretensão deve ser incluída no processo coletivo.³³

Com novas regras de processo coletivo incluídos no CRA, espera-se que consumidores possam ser ressarcidos, visto que a OCDE (2015d) reconhecia que no Reino Unido as ações *follow-on* eram intentadas principalmente por pessoas jurídicas. Com as alterações positivadas pelo CRA, Geradin (2015, p. 1100) considera o processo coletivo do Reino Unido o melhor para a reparação dos lesados dentre os sistemas europeus.

Por fim, outro instrumento criado foi o *voluntary redress scheme*, que é submetido ao CMA. Busca-se utilizar o processo conduzido pela autoridade da concorrência como meio de otimizar o ressarcimento dos lesados. Assim, caso a proposta de reparação voluntária seja aprovada pelo CMA, este incorrerá em diminuição da multa aplicada aos infratores. O Guia elaborado pelo CMA explica o funcionamento do referido instrumento:

3.18. Uma empresa que esteja sendo investigada pela CMA, ou contra a qual a CMA, um regulador setorial ou a Comissão Europeia tenha decidido por uma ocorrência de infração, pode requerer à CMA ou ao regulador setorial relevante a aprovação de um regime de reparação. Para ser aprovado, o regime deve ter sido concebido de acordo com um processo legal e deve conter certas informações e termos. Uma empresa pode requerer a aprovação condicional de um regime no decurso de uma investigação. Nesses casos, a aprovação se sujeita

³³ 47B Collective proceedings before the Tribunal

(...)

(11) "Opt-out collective proceedings" are collective proceedings which are brought on behalf of each class member except—

(a) any class member who opts out by notifying the representative, in a manner and by a time specified, that the claim should not be included in the collective proceedings, and

(b) any class member who—

(i) is not domiciled in the United Kingdom at a time specified, and

(ii) does not, in a manner and by a time specified, opt in by notifying the representative that the claim should be included in the collective proceedings.

aos outros requisitos a serem cumpridos posteriormente. Orientações detalhadas sobre voluntary redress scheme aprovados estão disponíveis nas páginas web da CMA.

3.19 Os termos específicos de um voluntary redress scheme são elaborados por um presidente e um conselho de peritos independentes nomeados para esse fim e submetidos à CMA para aprovação. A CMA não considera em detalhes os elementos a ele subjacentes, mas concentra-se no processo pelo qual o voluntary redress scheme foi concebido e na sua justiça, razoabilidade e adequação.

3.20 O processo de candidatura e os requisitos de elegibilidade variam de regime para regime - mas não devem ser onerosos. Cada regime incluirá um processo judicial independente, que será gratuito. Isto permite que aqueles que foram considerados inelegíveis para a reparação no âmbito do regime possam contestar esta decisão. A CMA não está envolvida em nenhum desses desafios.

3.21 A candidatura ao ressarcimento ao abrigo do voluntary redress scheme coletivo aprovado pela CMA é totalmente opcional. Os potenciais beneficiários que decidam não solicitar uma reparação ao abrigo de um regime aprovado não perdem o direito de procurar uma compensação através de outros meios. O processo de aceitação de compensação através de um regime de compensação destina-se a ser simples e não deve exigir que um requerente incorra em custos. No entanto, tal como nos processos coletivos, os potenciais requerentes podem querer considerar a possibilidade de aconselhamento jurídico profissional na escolha de aceitar uma reparação através de um regime aprovado ou procurar uma reparação através de outros meios (REINO UNIDO, 2015, p. 13-14, tradução nossa).³⁴

Com efeito, são vários os meios de se executar o *voluntary redress scheme*, podendo envolver mecanismos clássicos de transação como arbitragem e mediação até outros meios de autocomposição não previstos na legislação:

3.22 As opções para procurar reparação explicadas acima estão previstas na lei e a maioria envolve litígios, seja nos tribunais ordinários ou no CAT. Na ausência de um processo coletivo existente ou de um regime de morada legal, tal litígio

³⁴ Traduzido do original:

3.18 A business being investigated by the CMA, or against whom the CMA, a sectoral regulator, or the European Commission has made an infringement decision, may apply to the CMA or the relevant sectoral regulator for approval of a redress scheme. To be approved, a scheme must have been devised in accordance with a statutory process and must contain certain information and terms. A business may however apply for conditional approval of an outline scheme during the course of an investigation. In those cases, the approval is given subject to the other requirements being met later. Detailed guidance on approved voluntary redress schemes is available on the CMA's web pages.

3.19 The specific terms of a scheme are devised by an independent chairperson and board of experts appointed for that purpose and put to the CMA for approval. The CMA does not consider in detail the underlying elements of the scheme but rather focusses on the process by which the scheme was devised and its fairness, reasonableness, and adequacy.

3.20 The application process and eligibility requirements will vary from scheme to scheme but should not be burdensome. Each scheme will include an independent complaints process which will be free of charge. This allows those who have been found ineligible for compensation under the scheme to challenge this decision. The CMA is not involved in any such challenges.

3.21 Applying for compensation under a statutory redress scheme approved by the CMA is entirely optional. Potential beneficiaries who decide not to apply for redress under an approved scheme do not lose their right to seek compensation through other means. The process of accepting compensation through a redress scheme is intended to be straight forward and should not require a claimant to incur costs. As with collective proceedings however, potential claimants may wish to consider professional legal advice in choosing whether to accept redress through an approved scheme or seek compensation through other means.

pode ser dispendioso (ver capítulo 6 abaixo sobre custos). Mesmo que o litígio pareça provável, os tribunais encorajam as partes a fazer tentativas genuínas de resolver os casos antes do litígio e do julgamento. O CAT, por exemplo, pode considerar suspender o processo enquanto as partes procuram chegar a um compromisso para resolver o litígio. Dado isto, o aconselhamento legal deve ser procurado numa fase inicial de considerar o litígio para avaliar a força de qualquer pretensão e se uma ação privada ou um método alternativo de resolução de disputas deve ser prosseguido.

3.23 Os tipos de resolução alternativa de disputas incluem:

(a) Negociação - esta é uma tentativa de chegar a um acordo sobre questões em disputa na ausência de assistência de terceiros. É informal e flexível. As negociações são conduzidas de forma confidencial e sem prejuízos, o que significa que qualquer admissão feita durante as negociações não pode ser usada como prova se o assunto for finalmente para o tribunal.

(b) Mediação - geralmente envolve uma terceira parte neutra que ajuda a identificar as questões em disputa, explorar opções para resolução e tentativas de trazer um acordo entre as partes. A mediação é tipicamente facilitadora, ou seja, o papel do mediador é principalmente o de ajudar as partes a chegar a um acordo. No entanto, é possível, em certos casos, que o mediador avalie a aclamação e sua determinação pode ou não ser vinculativa.

(c) Regime de reparação não estatutário - uma empresa pode criar um regime de reparação por uma violação da lei de concorrência fora do quadro estatutário discutido na seção D deste capítulo, acima. Aqueles que aceitam o pagamento ao abrigo desse regime podem ser obrigados a renunciar a qualquer direito de tomar outras medidas. Não lhes serão necessariamente concedidas as mesmas proteções que as previstas no regime estatutário (por exemplo, o processo de reclamações independente e outros elementos do regime estatutário destinados a assegurar que a reparação seja calculada no âmbito de um processo justo). Isto não significa que a reparação será inadequada, mas pode ser necessária uma maior cautela.

(d) Arbitragem - as partes se submetem voluntariamente à determinação da disputa por um ou mais árbitros privados. Embora voluntário, o acordo para resolver a disputa através de arbitragem pode ser um termo contratual entre as partes. O resultado de uma arbitragem é vinculativo e, na maioria das circunstâncias, é executável em tribunal (REINO UNIDO, 2016 p. 14-15).³⁵

³⁵ Traduzido do Original:

3.22 The options for seeking redress explained above are provided for in statute and most involve litigation, either in the ordinary courts or the CAT. In the absence of existing collective proceedings or a statutory redress scheme, such litigation maybe expensive (see chapter 6 below on costs). An individual or business may instead be able to resolve a competition law dispute without going to court. Even if litigation seems likely, courts encourage parties to make genuine attempts to settle cases before litigation and trial. The CAT for instance may consider staying proceedings while the parties seek to reach a compromise to settle proceedings. Given this, legal advice should be sought at an early stage of considering litigation to assess the strength of any claim and whether a private action or an alternative method of dispute resolution should be pursued.

3.23 Types of alternative dispute resolution include:

(a) Negotiation–this is an attempt to reach agreement on matters in dispute in the absence of third party assistance. It is informal and flexible. Negotiations are usually conducted on a confidential and ‘without prejudice’ basis, meaning that any admissions made during negotiations cannot be used as evidence if the matter ultimately goes to court.

(b) Mediation–this usually involves a neutral third party who helps identify the issues in dispute, explore options for resolution, and attempts to bring about agreement between the parties. Mediation is typically facilitative, that is the mediator’s role is primarily to help the parties reach an agreement. It is, however, possible in certain instances for the mediator to evaluate a claim and their determination may or may not be-binding.

(c) Non-statutory redress scheme—a business may create a scheme to pay compensation for a breach of competition law outside of the statutory framework discussed in section D of this chapter, above. Those accepting payment under such a scheme may be required to waive any right to take further action. They will not necessarily be afforded

Mesmo com o procedimento do *Brexit* iniciado em 2016, o Reino Unido implementou muitas das medidas previstas na Diretiva nº 2014/104/EU. Tal implementação se deu a partir do “*The Claims in respect of Loss or Damage arising from Competition Infringements (Competition Act 1998 and Other Enactments (Amendment)) Regulations 2017*”. Nele, destaca-se a disciplina do efeito *passing-on* tanto nos mercados a jusante quanto nos mercados a montante àquele em que ocorreram os ilícitos:

Ônus da prova quando o sobrepreço é transmitida a um comprador indireto

9.- (1) O parágrafo (2) aplica-se quando...

(a) Existe um sobrepreço como resultado de uma infração ao direito da concorrência, e

(b) É ajuizada ação indenizatória de perdas ou danos que...

(i) Surge, direta ou indiretamente, do sobrepreço, e

(ii) Foi sofrida por uma pessoa que adquiriu um produto ou serviço indiretamente ao infrator (“a pessoa lesada”).

(2) O autor deve ser tratado como tendo provado que o sobrepreço foi transferido para si se provar que...

(a) O réu infringiu a lei de defesa da concorrência,

(b) Como resultado da infração, houve um sobrepreço quando uma pessoa adquiriu um produto ou serviço diretamente do réu, e

(c) O autor adquire subsequentemente...

(i) O produto ou serviço mencionado na alínea (b), ou

(ii) Um produto ou serviço derivado do produto ou serviço mencionado na alínea (b) ou que o contenha.

(3) O parágrafo (2) não se aplica se o réu provar que o sobrepreço, ou parte dele, não foi transferido para o autor.

Ônus da prova quando um subpreço é transmitido a um prestador indireto

10.- (1) O parágrafo (2) aplica-se quando...

(a) Existe um subpreço como resultado de uma infração ao direito da concorrência, e

(b) É ajuizada ação indenizatória de perdas ou danos que...

(i) Surge, direta ou indiretamente, do subpreço, e

(ii) Foi sofrida por uma pessoa que forneceu indiretamente um produto ou serviço ao infrator (“a pessoa lesada”).

(2) O autor deve ser tratado como tendo provado que o subpreço foi transferido para si se este provar que...

(a) O réu infringiu a lei de defesa da concorrência,

(b) Como resultado da infração, houve um subpreço quando uma pessoa forneceu um produto ou serviço diretamente ao réu, e

(c) O produto ou serviço mencionado no alínea (b)

(i) Foi fornecido à pessoa pelo réu, ou

(ii) Contido ou derivado de um produto ou serviço fornecido pelo réu.

(3) O parágrafo (2) não é aplicável se o réu provar que o subpreço, ou parte do mesmo, não foi transmitido ao autor.³⁶

the same protection as under the statutory scheme (for example the independent complaints process and other elements of the statutory scheme intended to ensure compensation is calculated under a fair process). This does not mean that the compensation will be inadequate but greater caution may be required.

(d) Arbitration – parties voluntarily submit themselves to the determination of the dispute by one or more private arbitrators. While voluntary, the agreement to settle the dispute through arbitration may be a contractual term between the parties. The outcome of an arbitration is binding, and in most circumstances is enforceable in court.

³⁶ Traduzido do original:

Outro aspecto importante tratado pela referida diretiva foi a responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência, que é disciplinada pela seção 15. Com ele, o beneficiário do referido acordo só responde pelos danos causados direta e indiretamente aos compradores e fornecedores. Em relação aos demais prejudicados, o beneficiário só responde quando os demais coinfratores não puderem arcar com a indenização:

Responsabilidade dos beneficiários do acordo de leniência

15. O beneficiário do acordo de leniência não é responsável (sozinho ou em conjunto) pelo pagamento de danos relativos a perdas ou danos sofridos por uma pessoa em resultado da infração de cartel (qualquer que seja a base jurídica da responsabilidade), exceto quando...

(a) A pessoa adquiriu um produto ou serviço que foi objeto da infração de cartel, direta ou indiretamente, do beneficiário do acordo de leniência,

(b) A pessoa adquiriu um produto ou serviço que contém ou deriva de um produto ou serviço que foi indiretamente objeto da infração de cartel do beneficiário do acordo de leniência,

(c) A pessoa forneceu um produto ou serviço que foi objeto da infração de cartel, direta ou indiretamente, ao beneficiário do acordo de leniência,

(d) Um produto ou serviço que foi objeto da infração de cartel continha ou era derivado de um produto ou serviço fornecido pela pessoa, ou

Burden of proof where an overcharge is passed on to an indirect purchaser

9.—(1) Sub-paragraph (2) applies where—

(a) there is an overcharge as a result of an infringement of competition law, and

(b) a competition claim is made in respect of loss or damage which—

(i) arises, directly or indirectly, from the overcharge, and

(ii) was suffered by a person who acquired a product or service indirectly from the infringer (“the injured person”).

(2) The claimant is to be treated as having proved that the overcharge was passed on to the claimant if the claimant proves that—

(a) the defendant infringed competition law,

(b) as a result of the infringement, there was an overcharge when a person acquired a product or service directly from the defendant, and

(c) the claimant subsequently acquired—

(i) the product or service mentioned in paragraph (b), or

(ii) a product or service derived from or containing the product or service mentioned in paragraph (b).

(3) Sub-paragraph (2) does not apply if the defendant proves that the overcharge, or part of it, was not passed on to the claimant.

Burden of proof where an underpayment is passed on to an indirect provider

10.—(1) Sub-paragraph (2) applies where—

(a) there is an underpayment as a result of an infringement of competition law, and

(b) a competition claim is made in respect of loss or damage which—

(i) arises, directly or indirectly, from the underpayment, and

(ii) was suffered by a person who provided a product or service indirectly to the infringer (“the injured person”).

(2) The claimant is to be treated as having proved that the underpayment was passed on to the claimant if the claimant proves that—

(a) the defendant infringed competition law,

(b) as a result of the infringement, there was an underpayment when a person provided a product or service directly to the defendant, and

(c) the product or service mentioned in paragraph (b)—

(i) was provided to the person by the claimant, or

(ii) contained or was derived from a product or service provided by the claimant.

(3) Sub-paragraph (2) does not apply if the defendant proves that the underpayment, or part of it, was not passed on to the claimant.

*(e) A pessoa não é capaz de obter uma compensação total pelas perdas ou danos de outras empresas envolvidas na infração de cartel.*³⁷

Em suma, mesmo tendo um histórico de ajuizamento de ações reparatórias, desde a Diretiva nº 2014/104/EU o Reino Unido tem tomado várias medidas para desenvolver o *private enforcement*, especialmente com a edição do *Consumer Rights Act*, do *Competition Appeal Tribunal* e do *voluntary redress scheme*.

5.1.5. Hungria

Muitas das críticas opostas às normas trazidas pela Diretiva nº 2014/104/UE tiveram como base as normas presentes no direito húngaro. Como foi demonstrado no subcapítulo 5.1.2, que abordou a experiência normativa da Comissão Europeia, as críticas estabelecidas por Kersting (2013, p. 5) e Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015, p. 25) tinham como cerne o entendimento de que a limitação do acesso às provas obtidas pela autoridade antitruste poderia gerar um prejuízo ao ressarcimento dos danos às vítimas.

Para Cauffman (2011, p. 203-204), MacCulloch e Wardhaugh (2012, p. 24) e Buccirosi, Marvão e Spagnolo (2015, p. 4), a legislação húngara apresentaria uma melhor solução para as limitações presentes na Diretiva nº 2014/104/UE. Antes da edição da diretiva, o *Hungarian Competition Act*, isto é, a Lei nº 57 de 1996, estabelecia que o signatário do acordo de leniência não era obrigado a indenizar os danos causados pelo cartel, a menos que os demais coinfratores fossem incapazes de ressarcir a totalidade dos danos. Dessa forma, a responsabilidade do signatário do acordo de leniência seria subsidiária:

Art. 88/D. Qualquer pessoa a quem tenha sido concedida imunidade da penalidade pecuniária nos termos do artigo 78/A pode recusar-se a pagar indenização por quaisquer danos causados pela sua conduta que infrinja o art. 11 desta lei ou o artigo 101 do TFUE, desde que os valores possam ser recuperadas de qualquer outro cocausador do dano responsável pela mesma

³⁷ Traduzido do original:

Liability of immunity recipients

15. An immunity recipient is not liable (either alone or jointly) to pay damages in respect of loss or damage suffered by a person as a result of the cartel infringement (whatever the legal basis of the liability) except where—

- (a) the person acquired a product or service that was the object of the cartel infringement directly or indirectly from the immunity recipient,
- (b) the person acquired a product or service containing or derived from a product or service that was the object of the cartel infringement indirectly from the immunity recipient,
- (c) the person provided a product or service that was the object of the cartel infringement directly or indirectly to the immunity recipient,
- (d) a product or service that was the object of the cartel infringement contained or was derived from a product or service provided by the person, or
- (e) the person is unable to obtain full compensation for the loss or damage from other undertakings involved in the cartel infringement.

infração. Esta disposição não prejudica a possibilidade de instauração de uma ação judicial conjunta contra as pessoas causadoras dos danos. Qualquer ação judicial iniciada contra a pessoa causadora do dano a quem foi concedida imunidade em matéria de penalidade pecuniária será suspensa até que o processo administrativo da Autoridade da Concorrência húngara que estabelece uma infração seja encerrado com efeito definitivo e irrecorrível.³⁸

Em relação às provas obtidas pelo programa de leniência, o *Gazdasági Versenyhivatal* (GVH), autoridade da concorrência da Hungria, pode se manifestar na ação civil judicial, onde suas declarações poderão ser recebidas como prova. Dessa forma, o parecer da autoridade teria um papel importante para o provimento judicial dos pleitos dos autores se houver condenação na esfera administrativa:

Art. 88/B. (...) (3) A Autoridade da Concorrência húngara pode apresentar, até o encerramento do julgamento, comentários por escrito sobre questões relacionadas com a aplicação das disposições estabelecidas nos Capítulos III a V desta Lei. Além disso, pode fazer uma sustentação oral desses comentários na sessão de julgamento. Se a Autoridade da Concorrência húngara pretender exercer o seu direito de fazer uma sustentação oral, deverá notificar o tribunal desse fato. As informações prestadas nos comentários da Autoridade da Concorrência húngara podem ser utilizadas como prova no processo judicial.³⁹

Com isso, o acordo de leniência poderia estar protegido na medida em que, como regra geral, o seu signatário teria responsabilidade apenas subsidiária na esfera judicial. Por outro lado, a GVH pode participar do processo intentado pelos particulares e seu parecer tem força probatória, o que possibilitaria o desenvolvimento do *enforcement* privado.

No entanto, com a Diretiva 2014/104/UE, foi dado até o dia 27 de dezembro de 2016 para que os Estados-Membros editassem normas para aplicar as medidas sugeridas pela diretiva, inclusive a Hungria. Com isso, houve relevantes alterações na legislação húngara. A primeira delas refere-se à nova redação do art. 88/D, da Lei nº 57 de 1996, que possibilita o signatário do acordo de leniência ser responsabilizado juntamente com os demais coinfratores,

³⁸ Traduzido do original:

Art. 88/D. Any person to whom immunity from the fine was granted pursuant to Article 78/A may refuse to pay compensation for any damage caused by his/her conduct infringing Article 11 of this Act or Article 101 of the TFEU as long as such claim may be recovered from any other person causing the damage who is responsible for the same infringement. This provision is without prejudice to the possibility of the initiation of a joint lawsuit against persons causing the damage. Any lawsuit initiated to enforce the liability of the person causing the damage to whom immunity from fines was granted shall be suspended until the administrative lawsuit for the review of the decision of the Hungarian Competition Authority establishing an infringement is closed with final, non-appealable effect.

³⁹ Traduzido do original:

Art. 88/B. (...) (3) The Hungarian Competition Authority may submit, until the closure of the trial, comments in writing on issues relating to the application of the provisions laid down in Chapters III to V of this Act; furthermore it may deliver an oral presentation of those comments at the trial. If the Hungarian Competition Authority intends to exercise its right to deliver an oral presentation, it shall notify the court of this fact. The information provided in the comments of the Hungarian Competition Authority may be used as evidence in the lawsuit.

independentemente da capacidade dos demais em arcar com os prejuízos causados, diferentemente do *que era anteriormente*:

Artigo 88/D.

(1) Qualquer pessoa que cause danos por meio de uma infração ao direito da concorrência será obrigada a compensar os danos resultantes, sob o fundamento das regras gerais de responsabilidade civil.

(2) Qualquer pessoa que tenha sofrido danos em resultado de uma infração ao direito da concorrência pode exigir uma compensação total por esses danos, independentemente da sua posição dentro da cadeia de produção-distribuição.

(3) Qualquer disposição contratual que limite ou exclua a responsabilidade pelos danos causados por uma infração ao direito da concorrência será nula e sem efeito.

(4) Salvo prova em contrário, deve presumir-se que a infração causou danos se o autor demonstrar que a infração ao direito da concorrência decorre de cartel.⁴⁰

Na mesma direção da Diretiva 2014/104/UE, houve regulamentação do *passing-on defense*, da responsabilidade do beneficiário do acordo de leniência em relação aos danos causados aos compradores diretos e indiretos, da limitação ao acesso ao acordo de leniência (*black list*) e da possibilidade de divulgação de demais informações e provas em posse da autoridade da concorrência:

Art. 88/G (...)

(2) Se o dano resultar da diferença de preço, o infrator tem o direito de invocar a defesa que a parte lesada transmitiu, em todo ou em parte, a diferença de preço resultante da infração da lei da concorrência. A este respeito, o ônus da prova da ocorrência e da extensão da repercussão recairá sobre o infrator. Se a extensão da repercussão não puder ser estabelecida, o tribunal determinará o seu nível utilizando uma estimativa, tendo avaliado todas as circunstâncias do caso.

(3) Salvo prova em contrário, deve presumir-se que a diferença de preço resultante da infração foi transferida para o comprador indireto se for demonstrado que (a) o infrator cometeu uma infração ao direito da concorrência; (b) a infração ao direito da concorrência resultou numa diferença de preço para o comprador direto do infrator, e (c) o comprador indireto adquiriu os bens que foram objeto da infração ao direito da concorrência, ou adquiriu bens derivados dos mesmos ou que os contém.

(...)

Art. 88/I (...)

(2) Se um infrator solidariamente responsável ressarcir a parte lesada em montante que exceda a sua responsabilidade, pode exigir o seu reembolso a uma empresa beneficiária do acordo de leniência exclusivamente na medida do prejuízo causado aos compradores ou fornecedores diretos ou indiretos empresa

⁴⁰ Traduzido do original:

Article 88/D.

(1) Any person causing harm through a competition law infringement shall be obliged to compensate for the resulting harm under the general rules of liability for damages.

(2) Any person who suffered harm as a result of a competition law infringement may demand full compensation for such harm, irrespective of its position within the production-distribution chain.

(3) Any contractual provision limiting or precluding liability for the harm caused by a competition law infringement shall be null and void.

(4) Unless proved otherwise, it should be assumed that the infringement caused harm if the claimant demonstrates that the competition law infringement constituted a cartel.

beneficiária do acordo de leniência.

(...)

Artigo 88/N

(1) A divulgação de provas não pode ser ordenada relativamente a (a) provas que permitam tirar conclusões relativamente aos dados especificados no artigo 55/A(1)(a) ou (f); (b) acordos e leniência ou proposta de transação- exceto quando a proposta de transação tenha sido retirada - ou provas que permitam tirar conclusões relativamente ao conteúdo das mesmas; (c) documentos preparados para efeitos de defesa, tal como definidos no artigo 65/C e qualquer fato ou dado cuja divulgação comprometeria o sigilo profissional legal, exceto quando o proprietário do documento tenha consentido nessa divulgação, e (d) em processo penal, a declaração do arguido que dá origem à aplicação do artigo 420(4) a (6) da Lei C de 2012 sobre o Código Penal.⁴¹

Assim, ressalta-se que a principal diferença do direito concorrencial húngaro supracitada, isto é, a responsabilidade civil subsidiária do beneficiário do acordo de leniência, foi suprimida pela diretiva e, conseqüentemente, pelas novas regras.

Dessa forma, o signatário do acordo de leniência passou a responder por danos à esfera econômica. No cenário em que a autoridade da concorrência pode emitir pareceres em processos judiciais relativamente a condutas julgadas por ela, ainda que não vinculantes, e que o beneficiário do acordo de leniência responde pelos danos, é possível que haja desincentivos em celebrar o acordo de leniência.

⁴¹ Traduzido do original:

Article 88/G (...)

(2) If the harm arises from the price difference, the infringer has the right to invoke the defence that the injured party passed on, in part or in whole, the price difference arising from the competition law infringement. In this regard, the burden of proving the occurrence and extent of the passing-on shall be on the infringer. If the extent of the passing-on cannot be established, the court shall determine its level by using an estimate, having assessed all the circumstances of the case.

(3) Unless proved otherwise, it should be assumed that the price difference arising from the infringement was passed on to the indirect purchaser if the indirect purchaser demonstrates that (a) the infringer has committed an infringement of competition law; (b) the competition law infringement resulted in a price difference to the direct purchaser of the infringer, and (c) the indirect purchaser has purchased the goods that were the object of the infringement of competition law, or has purchased goods derived from or containing them.

(...)

Art. 88/I (...)

(2) If a jointly and severally liable infringer provided a service to the injured party exceeding its liability, it may demand the reimbursement thereof from an undertaking exempted under a leniency programme exclusively to the extent of the injury caused to the direct or indirect purchasers or suppliers of the undertaking exempted under the leniency programme.

(...)

Article 88/N

(1) Disclosure of evidence may not be ordered in respect of (a) evidence that would allow conclusions to be drawn regarding data specified in Article 55/A(1) (a) or (f); (b) leniency statements or statements of settlement -except where the statement of settlement has been withdrawn -or evidence that would allow conclusions to be drawn regarding the contents of such; (c) documents prepared for the purpose of defence as defined in Article 65/C and any fact or data the disclosure of which would compromise the legal professional privilege except where the owner of the document has consented to such disclosure, and (d) in criminal proceedings, the statement of the defendant giving rise to the application of Article 420(4) to (6) of Act C of 2012 on the Criminal Code.

Nesse sentido, Cauffman (2013, p. 16) considera que a participação da autoridade da concorrência, com divulgações de informações após a conclusão do processo administrativo sancionador, seja melhor aplicado quando houver a limitação da responsabilidade do beneficiário do acordo, salvo quando os outros coinfratores se mostrarem incapazes de arcar com a totalidade dos danos, como dispunha a lei húngara previamente à diretiva.

Em razão das recentes alterações da legislação húngara, e diante das aludidas vantagens do direito concorrencial húngaro anterior à diretiva, ainda não se pode concluir que as novas regras decorrentes da Diretiva 2014/104/EU resultaram em uma melhora ou piora da política de defesa da concorrência.

5.1.6. Austrália

Na Austrália, a autoridade da concorrência é a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC). A lei que rege o direito concorrencial é o *Competition and Consumer Act* (CCA), de 2010.

Na atuação pública, a ACCC procura aplicar multas com o fim de dissuadir a violação do CCA por parte dos infratores. Mas quem decide sobre a existência ou não da infração é o Tribunal Federal (OCDE, 2015b):

76 Penalidades pecuniárias

(1). Se o Tribunal estiver convencido de que uma pessoa

(a) Violou quaisquer das seguintes disposições

(...)

(i) Uma disposição da Parte IV (que não a seção 45AF ou 45AG);

(...)

O Tribunal pode condenar a pessoa a pagar ao Commonwealth tal sanção pecuniária, relativamente a cada ato ou omissão da pessoa a que se aplica a presente seção, conforme o Tribunal determinar ser apropriado tendo em vista todas as questões relevantes, incluindo a natureza e extensão do ato ou omissão e de qualquer perda ou dano sofrido, as circunstâncias e se a pessoa foi previamente considerada pelo Tribunal em processos previstos neste capítulo ou no Capítulo XIB como tendo participado em qualquer conduta semelhante.⁴²

⁴²76 Pecuniary penalties

(1) If the Court is satisfied that a person:

(a) has contravened any of the following provisions:

(...)

(i) a provision of Part IV (other than section 45AF or 45AG);

(...)

the Court may order the person to pay to the Commonwealth such pecuniary penalty, in respect of each act or omission by the person to which this section applies, as the Court determines to be appropriate having regard to all relevant matters including the nature and extent of the act or omission and of any loss or damage suffered as a result of the act or omission, the circumstances in which the act or omission took place and whether the person has

Em relação ao *enforcement* privado, a OCDE (2015b) entende que as ações reparatórias na Austrália complementam significativamente a atuação pública, além de ajudar a desenvolver um precedente judicial significativo em relação ao CCA. No entanto, Beaton-Wells (2016, p. 736) observa que, desde de 2007, a ACCC tem investigado e processado cartéis, mas o número de ações individuais e coletivas não acompanharam.

A seção 82 positiva o direito de ação dos lesados:

82 Ações indenizatórias

(1) Uma pessoa que sofra perdas e danos por conduta de outra pessoa que tenha sido feita por violação de uma disposição da Parte IV ou IVB, ou da Seção 55B, 60C ou 60K, pode recuperar o montante das perdas e danos por ação contra essa pessoa ou contra qualquer outra envolvida na infração.

(2) Uma ação de que trata da parágrafo (1) pode ser iniciada em qualquer tempo dentro do prazo de 6 anos após o dia em que a causa de pedir relacionada à conduta ocorreu.⁴³

Mesmo podendo ser intentada independentemente de investigações da ACCC, a maioria das ações ajuizadas são do tipo *follow-on* (OCDE, 2015b). Pela redação da seção nº 82, percebe-se que o dispositivo limita a indenização ao valor do dano.

A seção nº 83 da CCA, confere força probante *prima facie* às condenações feitas por um tribunal que julgar matéria positivada nessa lei e às confissões de quaisquer fatos pelos infratores:

83. Constatações e confissões que servem de prova

(...)

(1) Em um processo contra uma pessoa de que trata a Seção 82º ou pedido previsto na Seção 51ADB(1) ou 87(1A) de uma decisão contra uma pessoa, a atribuição de qualquer fato pelo tribunal, ou a confissão de qualquer fato feito pela pessoa, constitui prova prima facie desse fato se a atribuição ou confissão for feita num processo:

(...)

(b) em que essa pessoa tenha sido considerada condenada, ou como tendo estado envolvida numa infração a uma disposição da Parte IV ou IVB, ou da Seção 55B, 60C ou 60K.⁴⁴

previously been found by the Court in proceedings under this Part or Part XIB to have engaged in any similar conduct.

⁴³ 82 Actions for damages

(1) A person who suffers loss or damage by conduct of another person that was done in contravention of a provision of Part IV or IVB, or of section 55B, 60C or 60K, may recover the amount of the loss or damage by action against that other person or against any person involved in the contravention.

(2) An action under subsection (1) may be commenced at any time within 6 years after the day on which the cause of action that relates to the conduct accrued.

⁴⁴ Traduzido do original:

83 Findings and admissions of fact in proceedings to be evidence

Semelhantemente ao caso brasileiro, litigantes solicitam à ACCC informações confidenciais provenientes do acordo de leniência, o que pode prejudicar a desenvolvimento das investigações da autoridade da concorrência australiana.

Sendo assim, em 2007, no caso ACCC x *Visy Industries Holdings Pty Ltd*, houve o julgamento de prática de cartel. A acusada era uma sociedade empresária que praticou a conduta com sua concorrente, *Amcor Ltd*, que celebrou o acordo de leniência com a ACCC:

1. *A recorrente Comissão Australiana de Concorrência e Consumo alega que empresas do Grupo Visy e certos diretores dessas empresas se engajaram na fixação de preços e compartilhamento de mercado com empresas do Grupo Amcor, contrariamente à Seção nº 45 do Trade Practices Act 1974 (Cth).*
2. *Surgiram disputas interlocutórias, principalmente em relação a reivindicações de sigilo profissional legal por parte da ACCC. Há também algumas questões relacionadas a alegações e particulares. A questão principal, que tem ocupado a maior parte desta audiência de quatro dias, é quando o litígio relativo às alegadas infrações à Lei foram razoavelmente antecipadas pelo ACCC. A ACCC tomou conhecimento das infrações pela primeira vez em 22 de Novembro de 2004, quando oficiais superiores do Grupo Amcor, acompanhados por solicitantes, abordaram a Comissão. A ACCC diz que, até 15 de Dezembro de 2004, o procedimento foi razoavelmente antecipado pela ACCC. No entanto, os Comissários da ACCC não resolveram formalmente, em princípio, dar início ao processo até quase um ano mais tarde, em 28 de Novembro de 2005. Os acusados dizem que a data relevante foi 28 de Novembro de 2005. O requerimento e a declaração de instauração foram apresentados em 21 de Dezembro de 2005 (AUSTRÁLIA, 2007, tradução nossa).⁴⁵*

No caso em questão, alguns prejudicados, como é o caso da *Cadbury Schweppes Pty Ltd.*, pleitearam em juízo que esta sociedade fosse obrigada a divulgar informações que foram

(1) In a proceeding against a person under section 82 or in an application under subsection 51ADB(1) or 87(1A) for an order against a person, a finding of any fact made by a court, or an admission of any fact made by the person, is prima facie evidence of that fact if the finding or admission is made in proceedings:

(...)

(b) in which that person has been found to have contravened, or to have been involved in a contravention of, a provision of Part IV or IVB, or of section 55B, 60C or 60K.

(2) The finding or admission may be proved by production of:

⁴⁵ Traduzido do original:

1 The applicant Australian Competition and Consumer Commission alleges that companies in the Visy Group and certain officers of those companies have engaged in price fixing and market sharing with companies in the Amcor Group contrary to s 45 of the Trade Practices Act 1974 (Cth).

2 Interlocutory disputes have arisen, primarily in relation to claims for legal professional privilege by the ACCC. There also are some questions in relation to pleadings and particulars. The principal issue, which has occupied the bulk of this four day hearing, is when litigation in respect of the alleged contraventions of the Act was reasonably anticipated by the ACCC. The ACCC first became aware of the allegations on 22 November 2004 when senior officers of the Amcor Group, accompanied by solicitors, approached the Commission. The ACCC says that by 15 December 2004 litigation was reasonably anticipated by it. However, the Commissioners of the ACCC did not formally resolve in principle to commence proceedings until almost a year later, on 28 November 2005. The respondents say that the relevant date was 28 November 2005. The application and statement of claim were filed on 21 December 2005.

passadas à ACCC. A autoridade se opôs ao pedido, alegando que existia o interesse público de dar caráter confidencial às informações apresentadas pelos denunciadores, o que poderia prejudicar a efetividade de obtenção de provas. O Poder Judiciário acolheu o pedido dos demandantes e afastou as teses apresentadas pela ACCC:

1. Como agora é bem sabido, a Visy Industries Holdings Pty Limited e entidades relacionadas ("Visy") foram condenadas a pagar aproximadamente US \$ 36 milhões em multas como resultado daquelas entidades que fazem conluio com a Amcor Limited ("Amcor") por fixarem preços no mercado de caixa de papelão: (...). Este processo é um dos inúmeros processos acessórios nos quais são feitas alegações de conduta idêntica ou semelhante. É uma ação movida pela recorrente, Cadbury Schweppes Pty Ltd ("Cadbury"), contra a Amcor por danos decorrentes da Lei de Práticas Comerciais de 1974 (Cth) ("o processo de indenização"). Visy foi chamada ao processo pela Amcor como sua coobrigada na ação de reparação de danos.

2. Surgiu uma controvérsia no processo de indenização. A Comissão Australiana de Concorrência e Consumidor ("ACCC") faz uma reivindicação pelo sigilo profissional legal e pela proteção de interesse público em relação aos documentos criados em conexão com o processo da ACCC. A Amcor e Visy descobriram os documentos nos processos de indenização, mas a ACCC procura impedi-los de produzir esses documentos para a Cadbury por meio do compartilhamento de provas. (...)

46. A rigor, não preciso ir mais longe. Porém, antes de concluir, considero apropriado fazer uma observação geral sobre o interesse geral da ACCC nesse caso e se os tribunais são o fórum apropriado para sua resolução. As observações da ACCC e as evidências de suas testemunhas demonstraram uma preocupação de que a crescente ameaça de ações privadas por danos causados pelas vítimas do cartel irá interferir na capacidade da ACCC de obter a cooperação dos participantes do cartel necessários para que ela inicie e processe ações punitivas. Dizia-se que a interferência ocorreria porque os potenciais cooperadores serão impedidos de avançar, apesar da possibilidade de leniência, pela perspectiva de terem essencialmente cedidos às inevitáveis ações de reparação civil. Em outras palavras, ao considerar se devem confessar, os custos potenciais de indenizações podem ser vistos por um jogador de cartel como superando as possíveis economias de penalidades. Destilando ainda mais a questão, percebe-se que a verdadeira preocupação da ACCC - ou seja, o verdadeiro impedimento à cooperação enfrentada pelas Amcors do mundo - é a própria exposição a indenizações. A meu ver, os argumentos de confidencialidade e efeito carona ostensivamente avançados aqui pela ACCC são, na melhor das hipóteses, um proxy para essa preocupação e, na pior das hipóteses, uma cortina de fumaça que a oculta. Para ser justo, o nível total apropriado de responsabilidade privada (ou seja, multas mais danos) que um ator deve enfrentar pela conduta do cartel é uma questão válida e que foi reconhecida há muito tempo por autoridades e comentaristas nos Estados Unidos no contexto de cooperação e leniência: (...).

47. Mas reconhecer a preocupação da ACCC não é aprovar o método proposto para resolvê-la. Pelo contrário, a tentativa da ACCC de usar a doutrina do sigilo profissional presente no direito consuetudinário para proteger os cooperadores quando enfrentam ações privadas de reparação, embora parcialmente bem-sucedidos aqui, parece-me equivocada. Se os denunciadores do cartel, como a Amcor, ou aqueles que cooperam com os reguladores após o início dos procedimentos de penalidade (seja por meio da resolução como Visy ou de alguma outra maneira) devem ser recompensados ou incentivados pela exposição reduzida ou proteção aprimorada nos procedimentos previstos na política de indenização que deveria ser tratada pelo legislador, não por ajustes judiciais

através de privilégios concedidos pelas portas dos fundos (AUSTRÁLIA, 2008, tradução nossa).⁴⁶

Como reação, em 2010, quando foi editada o CCA, os legisladores formularam disposições legais relativas ao sigilo de informações relacionadas a cartel, que limita o compartilhamento de informações por parte da ACCC:

*157 (...) Informação sigilosa de cartel - a Comissão pode recusar-se a satisfazer o pedido
(1A) Se um pedido nos termos do parágrafo (1) se referir a um documento contendo informações sigilosas cartel, a Comissão pode recusar-se a atender o pedido.⁴⁷*

⁴⁶ Traduzido do original:

1 As is now well known, Visy Industries Holdings Pty Limited and related entities (“Visy”) were ordered to pay approximately \$36 million in penalties as a result of those entities colluding with Amcor Limited (“Am cor”) to fix prices in the cardboard box market: (...). This proceeding is one of a number of ancillary proceedings in which allegations of the same or similar conduct are made. It is an action brought by the applicant, Cadbury Schweppes Pty Ltd (“Cadbury”), against Amcor for damages under the *Trade Practices Act 1974* (Cth) (“the damages proceedings”). Visy has been joined by Amcor as a respondent to Amcor’s cross claim in the damages proceedings.
2 An interlocutory dispute has arisen in the damages proceedings. The Australian Competition and Consumer Commission (“ACCC”) makes a claim for legal professional privilege and public interest immunity privilege in relation to specified documents created in connection with the ACCC proceeding. Amcor and Visy have discovered the documents in the damages proceedings, but the ACCC seeks to prevent them from producing those documents to Cadbury on discovery. (...)

46 Strictly speaking, I need go no further. However, I think it appropriate before concluding to make a general observation about the ACCC’s overall interest in this case and whether the courts are the appropriate forum for its resolution. The ACCC’s submissions and the evidence from its witnesses demonstrated a concern that the increasing threat of private suits for damages brought by cartel victims will interfere with the ACCC’s ability to obtain the cooperation from cartel participants necessary for it to bring and prosecute penalty actions. The interference was said to arise because potential cooperators will be deterred from coming forward, notwithstanding offers of leniency, by the prospect of having essentially given away the store in the inevitable damages actions. In other words, in considering whether to confess, the potential costs in damages may be seen by a cartel player to outweigh the potential savings in penalties. Distilling the point still further, one can see that the real concern of the ACCC - that is, the real deterrent to cooperation faced by the Amcors of the world - is damages exposure itself. In my view, the confidentiality and free-rider arguments ostensibly advanced here by the ACCC are, at best, a proxy for that concern, and at worst a smokescreen obscuring it. To be fair, the appropriate total level of private civil liability (ie, penalties plus damages) an actor should face for cartel conduct is a valid issue, and one which was long ago recognized by authorities and commentators in the United States in the context of cooperation and leniency: (...).

47 But to acknowledge the ACCC’s concern is not to approve of its proposed method for resolving that concern. On the contrary, the ACCC’s attempt to use common law privilege doctrine to protect cooperators when they are faced with private suits for damages, albeit partially successful here, appears to me to be misguided. Whether cartel whistleblowers such as Amcor or those who cooperate with the regulators after the commencement of penalty proceedings (either by settling like Visy or in some other manner) should be rewarded or encouraged by reduced exposure or enhanced protection in damages proceedings is a broad question of policy that should be addressed by the legislature, not by ad hoc judicial tinkering through the backdoor of privilege.

⁴⁷ 157 (...) Protected cartel information—Commission may refuse to comply with request

(1A) If a request under subsection (1) relates to a document containing protected cartel information, the Commission may refuse to comply with the request.

Assim, o debate sobre o uso de informações obtidas pela ACCC em ações privadas de ressarcimento também foi relevante, o que repercutiu na proteção de informações obtidas de formas confidenciais a respeito de práticas de cartel quando o CCA foi publicado em 2010.

6. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS

Neste capítulo, será aplicada a análise econômica do direito, por meio da teoria dos jogos, a fim de analisar vários padrões legislativos e as suas convergências com os objetivos da legislação de defesa da concorrência.

Destaca-se o pensamento de Guido Alpa e de João Bosco Leopoldino da Fonseca (1997), que apontam a perspectiva econômica como uma importante ferramenta utilizada pelos juristas para a busca de uma solução para os problemas jurídicos, mais especificamente para a criação ou para a análise da efetividade de determinado instrumento do direito. Com isso, a análise econômica do direito tem o objetivo de dar respostas mais precisas, realizando uma comparação entre a situação concreta e a situação em abstrato para uma possível correção do sistema.

Na mesma direção, Gico Jr. (2014, p. 18) afirma que a análise econômica do direito é um importante mecanismo que ajuda a escolher dentre as alternativas possíveis a mais eficiente e auxilia na compreensão do que é a norma jurídica, sua racionalidade e as consequências prováveis da aplicação da regra.

Além disso, Lara (2018, p. 160) considera que a teoria dos jogos é um importante meio para o desenho de mecanismos e das instituições do direito. Dessa forma, é relevante a aplicação de tal instrumento para a modelagem de normas relativas às medidas públicas e privadas no direito da concorrência pátrio.

Em outras palavras, o *public* e o *private enforcement*, enquanto institutos jurídicos, podem ser examinados a partir de elementos econômicos considerando a forma de sua operação, as suas consequências e os efeitos buscados pelo legislador. De outro lado, a análise de normas jurídicas são incentivos para os agentes que estão a elas subordinados. Assim, eventuais defeitos ou desequilíbrios entre os institutos podem ser identificados e, com isso, posteriormente corrigidos.

Dessa feita, ressalta-se que a análise econômica não é somente uma análise interdisciplinar, mas também uma abordagem que revela uma faceta autorreferente do direito, uma vez que a “*regra jurídica somente seria adequada se tornasse mais eficiente a utilização dos bens econômicos e das próprias regras jurídicas*” (LARA, 2008, p. 11).

Com isso, destaca-se a aplicação do método “*Análise Econômica do Direito*”, especialmente sob o prisma de que normas jurídicas funcionam como incentivos para os agentes que estão a elas subordinados. Nesse contexto, chama-se a atenção para o que se convencionou chamar de individualismo metodológico, que consiste em um instrumento analítico para a explicação do comportamento dos agentes com base na escolha individual de cada um dos membros ou de pequenos grupos envolvidos no problema.

Segundo essa metodologia, para compreender os comportamentos coletivos, deve-se entender os comportamentos individuais, considerando a dinâmica da interação entre os agentes e não apenas uma conduta isolada de um dos membros. Assim, reconhece-se que os indivíduos tomam decisões dentro de seu contexto social a partir da consideração das reações dos demais agentes, o que se chama de decisões interdependentes (GICO JR, 2014, p. 22-23). Em outras palavras, neste trabalho cabe investigar o impacto de uma ação de indenização contra os infratores sobre (i) a formação de um conluio e a consumação de uma infração concorrencial e (ii) sobre o que se chama de “corrida” às autoridades relativamente às futuras celebrações de acordos de leniência.

Isso posto, no experimento a seguir, serão avaliados diferentes modelos legislativos sob a perspectiva da teoria dos jogos.

6.1. Descrição do jogo

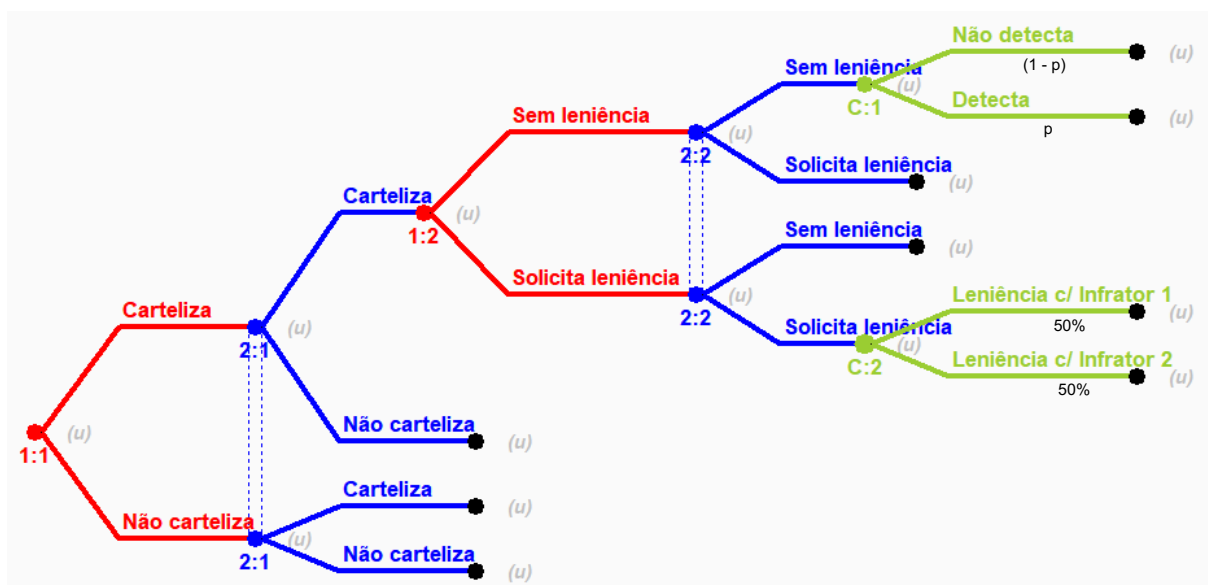
O jogo apresenta os seguintes pressupostos:

- i. Dois possíveis infratores são atuantes exclusivos em determinado mercado. Ou seja, atuam na forma de duopólio. Eles possuem estruturas produtivas idênticas, com mesmos custos operacionais, mesmas capacidades produtiva e ociosa, mesma estrutura de gestão e mesmo tamanho;
- ii. Os produtos produzidos pelo duopólio são extremamente homogêneos, sem qualquer capacidade de diferenciação entre eles;
- iii. Os dois jogadores tomarão a decisão de formar o cartel ou não. Se não há conluio, o jogo se encerra e cada jogador recebe um determinado *payoff*, que corresponde ao faturamento do jogador;
- iv. Se o cartel for formado, o sobrepreço corresponderá a 20%. Este percentual é

retirado de alguns estudos e estimativas. Para Connor (2004, p. 71), cartéis domésticos têm em média um sobrepreço de 18%, enquanto os internacionais possuem média de 32%. Connor e Lande (2008, p. 2.214) estimaram um sobrepreço de 31% e criticaram as autoridades judiciais americanas que presumem o sobrepreço de 10%, aconselhando no mínimo 15% ou 20% para os cartéis domésticos e 25% para os internacionais. Bolotova (2009, p. 338) considera o sobrepreço de 20%;

- v. Formado o cartel, seus membros podem celebrar ou não o acordo de leniência. Em seguida, é dada a autoridade da concorrência a chance de detectar o cartel. A árvore básica do jogo é representada na imagem a seguir⁴⁸, onde as estratégias do Infrator nº 1 são representadas pelos ramos vermelhos, do Infrator nº 2 pelos ramos azuis. A autoridade da concorrência é a natureza, representada pelos ramos verdes:

Figura 8 - Árvore base do jogo

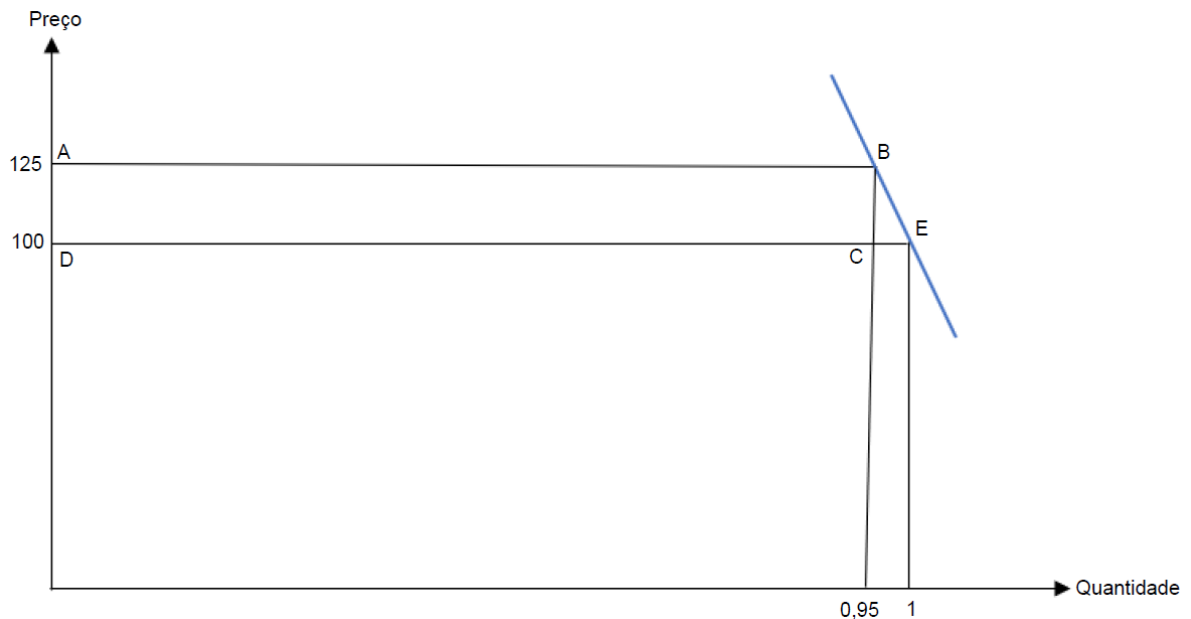


- vi. Uma vez formado o cartel, as recompensas variarão de acordo com o modelo legislativo adotado. Ademais, apenas o primeiro que se qualificar pode celebrar o acordo de leniência, nos termos do art. 86, § 1º, I, da Lei nº 12.529/2011;
- vii. Se ambos os infratores solicitarem a celebração do acordo de leniência, o que corresponde à estratégia $\{(carteliza, solicita leniência); (carteliza; solicita leniência)\}$ na Figura 8, será aplicada a probabilidade de $\frac{1}{2}$ de êxito na “corrida” à

⁴⁸ As ilustrações foram retiradas do software *Gambit: Software Tools for Game Theory, Version 15.1.1*, disponível em: <http://www.gambit-project.org/>

autoridade antitruste, em razão do disposto no supracitado art. 86, § 1º, I, da Lei nº 12.529/2011;

- viii. Caso um infrator se qualifique para a celebração do acordo de leniência, a autoridade antitruste não rejeitará o acordo e nem o proponente desistirá da proposta;
- ix. Uma vez celebrado o acordo de leniência, a responsabilidade administrativa do beneficiário será extinta, nos termos do art. 86, §4º, I, da Lei nº 12.529/2011;
- x. Na hipótese de nenhum dos infratores se qualificarem para celebração do acordo de leniência, será aplicada uma probabilidade p de a autoridade antitruste detectar o cartel, e uma probabilidade $(1 - p)$ para não detecção, sendo $p \geq 0$, sendo p e $(1 - p)$ de conhecimento dos jogadores;
- xi. A curva de demanda, os preços praticados e a quantidade produzida estão representadas no gráfico abaixo. Para dimensionar a diminuição da quantidade produzida do bem em um cenário com cartel, foi pesquisada a elasticidade-preço da demanda em mercados propícios à formação do conluio. Nesse contexto, destacam-se o estudo de Dornelas (2014, p. 20) sobre o mercado de cimento de 2003 a 2012, que identificou a elasticidade de -0,2; de Schmidt e Lima (2006, p. 137), de -0,14 no setor siderúrgico de 2000 a 2001; de Burnquist e Bacchi (2002, p. 10), de -0,319 no mercado de gasolina de 1973 a 1998; Santos (2012, p. 235-237), de -0,178 no mercado de gás natural de 2001 a 2011. O presente estudo usou como a elasticidade-preço da demanda o valor de -0,2:

Figura 9 – Efeitos da conduta anticoncorrencial na curva da demanda

- xii. As recompensas, as multas⁴⁹ e os valores das indenizações⁵⁰ estão representados na tabela abaixo:

Tabela 4 - Recompensas dos jogadores (elasticidade-preço da demanda de -0,2)

Preço de venda		Quantidade vendida		Faturamento (Recompensa)		Multa (vantagem auferida)	Dano (sobrepço)
Com cartel	Sem cartel	Com cartel	Sem cartel	Com cartel	Sem cartel	Infratores	Infratores
125	100	0,95	1	$125 \times 0,95 = 118,75$	$100 \times 1 = 100$	$118,75 - 100 = 18,75$	$(125 - 100) \times 0,95 = 23,75$

- xiii. Nos modelos legislativos em que os prejudicados têm acesso às provas obtidas pelo acordo de leniência, eles ajuizarão ações para ressarcimento do prejuízo causado;
- xiv. Pressupõe-se que os prejudicados são incapazes de adquirir provas que sustentem a condenação civil por conta própria, haja vista a complexidade de comprovação da conduta de cartel;
- xv. Firmado o acordo de leniência por um dos infratores, o outro não celebrará o termo de compromisso de cessação;

⁴⁹ Este trabalho adotará como critério de dosimetria da multa a vantagem auferida. Para tanto, considerará apenas a diferença de faturamento entre o cenário com colusão (118,75) e o sem colusão (100).

⁵⁰ O valor das indenizações compreende a área do retângulo ABCD, com valor de 23,75.

- xvi. Firmado o acordo de leniência ou detectado o cartel pela autoridade da concorrência, as informações contidas no processo administrativo permitirão que os ofendidos quantifiquem e provem o dano na esfera judicial, se o modelo legislativo assim permitir;
- xvii. Os jogadores não terão restrição econômico-financeira para o pagamento das multas e das indenizações e em nenhuma hipótese eventual colusão formada será enquadrada como cartel de crise; e
- xviii. São desconsiderados os custos de transação entre os jogadores, bem como os custos incorridos pela autoridade estatal em investigar e punir os infratores se estes optarem pela colusão.

Serão avaliados quatro modelos legislativos. O primeiro deles abordará a formação de cartel e o seu desenvolvimento no âmbito da Lei nº 12.529/2011 antes da regulamentação da Resolução nº 21/2018 do CADE, ou seja, antes da possibilidade de compartilhamento de provas e sem as regras trazidas pelo PL nº 283/2016. Em suma, este padrão normativo se refere às normas do direito concorrencial introduzidas pela Lei nº 12.529/2011, sem as normas sugeridas para estimular o *private enforcement*.

O segundo modelo normativo abordará a mesma conduta sob a égide do PL nº 283/2016 e sua aplicação conjunta com a Resolução nº 21/2018, do CADE. Em outras palavras, haverá divulgação das informações obtidas pela autoridade da concorrência para os prejudicados e a indenização será o dobro do prejuízo, salvo se firmar o acordo de leniência.

O terceiro analisará a supracitada infração nos moldes do PL nº 283/2016, mas considerando a responsabilidade limitada à extensão do dano, e da Resolução nº 21/2018 do CADE. Assim, haverá divulgação das informações obtidas pela autoridade da concorrência para os lesados e a indenização corresponderá ao montante equivalente ao dano, independentemente de se celebrar uma transação com o CADE ou não. Esse modelo visa verificar possíveis diferenças de resultados entre o *double damages* e a indenização limitada à extensão do dano.

Por fim, o quarto e último modelo legislativo avaliará o cartel segundo às regras do mesmo projeto de lei e da Resolução nº 21/2018 do CADE, com a diferença de que haverá responsabilidade subsidiária do beneficiário do acordo de leniência. Portanto, haverá divulgação das informações obtidas pelo CADE para os prejudicados e a indenização será o

dobro apenas para infrator delatado. Este modelo visa analisar os impactos da responsabilidade subsidiária do beneficiário do acordo de leniência.

6.1.1. Modelo nº 1 – Indenização correspondente ao valor do dano, provas sigilosas e responsabilidade solidária

Nesse sistema, a responsabilidade civil dos infratores é solidária e limitada ao valor do dano e o prazo prescricional é de três anos, contados da data do ilícito, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Além disso, os documentos do acordo de leniência são confidenciais. Em razão disso, os prejudicados não seguem com ações *follow-on*. Em resumo, este padrão normativo se refere às normas do direito concorrencial introduzidas pela Lei nº 12.529/2011, sem as alterações discutidas neste trabalho para estimular o *private enforcement*, o PLS nº 283/2016 e a Resolução nº 21/2018.

Os potenciais infratores podem escolher se formam o cartel ou não. O cartel só é formado se houver concordância dos dois jogadores. Se nenhum ou apenas um dos jogadores optar pela não formação da colusão, o jogo acaba e cada jogador recebe a recompensa referente à não formação do cartel (100).

Na hipótese de colusão, os jogadores decidirão se firmarão o acordo de leniência, quando terão faturamento de 118,75, ou se permanecerão no cartel. Se o cartel for formado e houver delação, o delatado terá recompensa de 100, isto é, a diferença entre o faturamento (118,75) e a multa (18,75).

Por outro lado, se houver colusão e ninguém se qualificar para celebrar o referido acordo, aplica-se uma probabilidade p de detecção da infração pela autoridade antitruste e $(1 - p)$ para não detecção.

Além disso, na hipótese de os dois infratores solicitarem a celebração do acordo de leniência, será aplicada uma probabilidade de 50% para cada jogador ser o primeiro a se qualificar perante a autoridade da concorrência, e assim, celebrar o acordo, e o mesmo percentual de 50% para ele perder a corrida. Nesse caso, as recompensas corresponderão à média entre o *payoff* correspondente à sua vitória (118,75) e à sua derrota (100) na corrida para a celebração do acordo, resultando na recompensa média de 109,37.

A tabela a seguir resume as recompensas dos jogadores no modelo nº 1 de acordo com

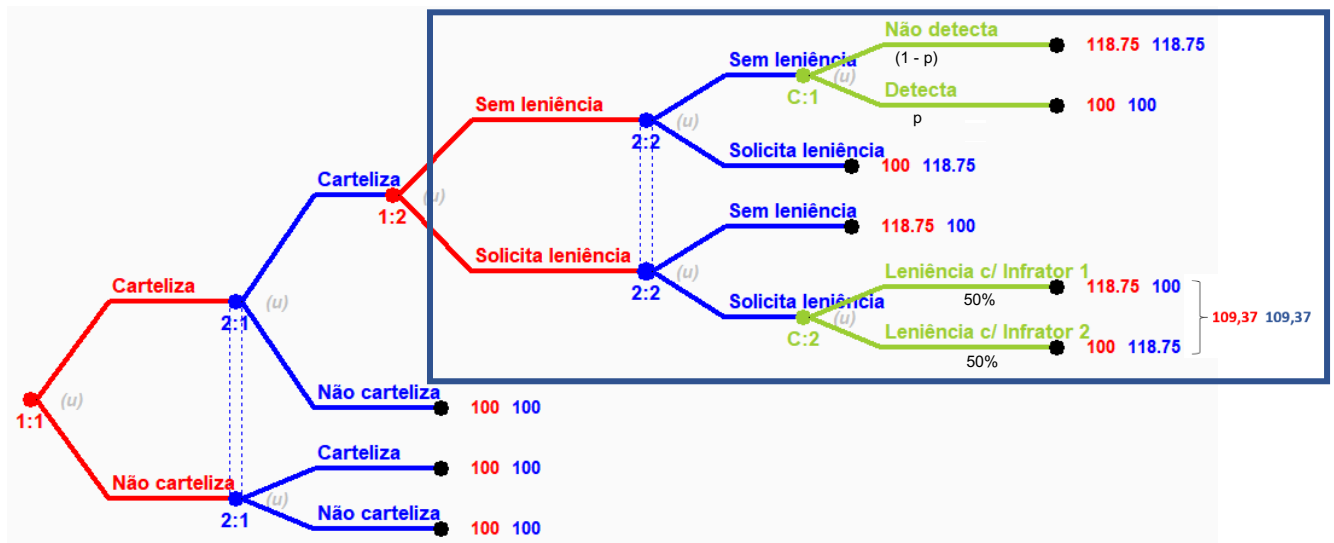
a Tabela 4:

Tabela 5 – Recompensa dos jogadores no modelo nº 1

Status	Recompensa
Jogadores em competição	100
Infratores detectados ou denunciados	100
Infrator signatário do acordo de leniência	118,75
Infratores em corrida para celebração do acordo de leniência	109,37
Infrator não detectado ou não denunciado	118,75

A imagem a seguir ilustra a árvore do jogo:

FIGURA 10 - Árvore completa do jogo do modelo nº 1

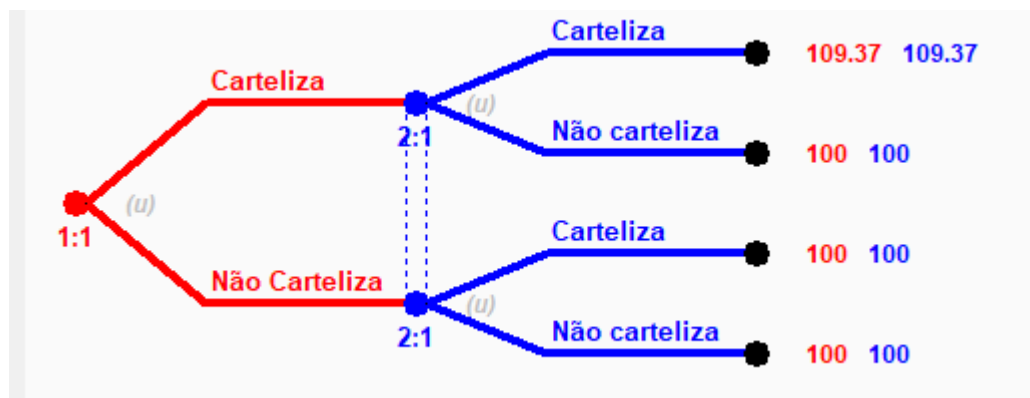


Primeiramente, identifica-se o equilíbrio do subjogo representado no retângulo acima, subjogo nº 1. A Tabela 6 ilustra, na forma estratégica, o equilíbrio desse subjogo. Será presumido que a autoridade terá um percentual de detecção não nulo, isto é, $p > 0$. Então, se os jogadores optam por não celebrar o acordo de leniência, e com $0 < p \leq 1$, o *payoff* mínimo será 100 para $p = 1$, mas não alcançará 118,75, visto que necessariamente $p > 0$. Assim, a recompensa estará entre o intervalo $100 \leq \text{payoff} < 118,75$.

Tabela 6 - Forma estratégica do subjogo nº 1

$0 < p \leq 1$	INFRATOR 2	INFRATOR 2
INFRATOR 1	(Carteliza; Sem leniência)	(Carteliza; Solicita leniência)
(Carteliza; Sem leniência)	$100 \leq \text{payoff} < 118,75$; $100 \leq \text{payoff} < 118,75$;	100; 118,75
(Carteliza; Solicita leniência)	118,75; 100	<u>109,37; 109,37</u> (equilíbrio do subjogo)

Assim, para $0 < p \leq 1$, o equilíbrio do subjogo será a corrida para a celebração do acordo de leniência, representada pela estratégia {(carteliza; solicita leniência)} por ambos os jogadores, sendo que cada um possui 50% de chance de celebrar o acordo, visto que a autoridade deverá atender aquele que se habilitar primeiramente. Ao aplicar a técnica da indução reversa, tem-se o jogo principal representado a seguir. Percebe-se que o equilíbrio do jogo como um todo é a cartelização dos agentes e uma corrida para celebração do acordo de leniência:

Figura 11 - Indução reversa – modelo nº 1

Dessa forma, não fazer o cartel é a pior estratégia para os infratores. Assim, a melhor resposta é formar o cartel e se qualificar perante a autoridade da concorrência para celebrar o acordo de leniência.

Uma possível explicação para tal resultado é que os prejudicados não possuem acesso aos documentos do acordo de leniência, o que os impede de ajuizar uma ação reparatória, o que faz com que os infratores tenham chance de capturar o sobrepreço, ao menos em parte, já que o infrator teria a chance de transigir futuramente com a autoridade estatal e não arcar com a multa. Por outro lado, como se adota a multa como equivalente à vantagem auferida, de acordo

com o art. 37, I, da Lei nº 12.529/2011, no pior das hipóteses, o infrator delatado terá que pagar uma multa equivalente ao seu ganho ilícito.

Dessa forma, a dissuasão *ex ante* é baixa em razão da inexistência de estímulos para a ação de reparação civil e do percentual de 50% de o infrator vencer eventual corrida pelo acordo de leniência. Mas há algum nível de dissuasão *ex post* com o aumento da chance da autoridade de detectar a infração via acordo de leniência.

6.1.2. Modelo nº 2 – *Double damages*, provas acessíveis e responsabilidade solidária

Nesse novo modelo legislativo, o prazo prescricional, é de cinco anos, contados da data da ciência do ilícito, que corresponderá à data da publicação da decisão administrativa de condenação. Já os documentos do acordo de leniência passam a ser acessíveis por meio da Resolução nº 21/2018 do CADE. Com isso, é possível que os lesados demandem a reparação.

Ademais, a responsabilidade civil dos infratores é alterada. A do beneficiário do acordo de leniência é limitada ao valor do dano causado e aos prejuízos diretamente causados, resultado em um *payoff* de 95 (118,75 – 23,75). Já os coinfratores respondem solidariamente e em dobro por todo o dano do cartel e ainda arcam com a multa, recebendo uma recompensa de 52,5 (118,75 – 18,75 – 2 x 23,75). Caso iniciem uma corrida para celebração do acordo de leniência, a recompensa é a média aritmética entre a recompensa de um signatário do acordo e a de um delatado (73,75), visto que cada um tem 50% de chances de vencer ou perder a corrida.

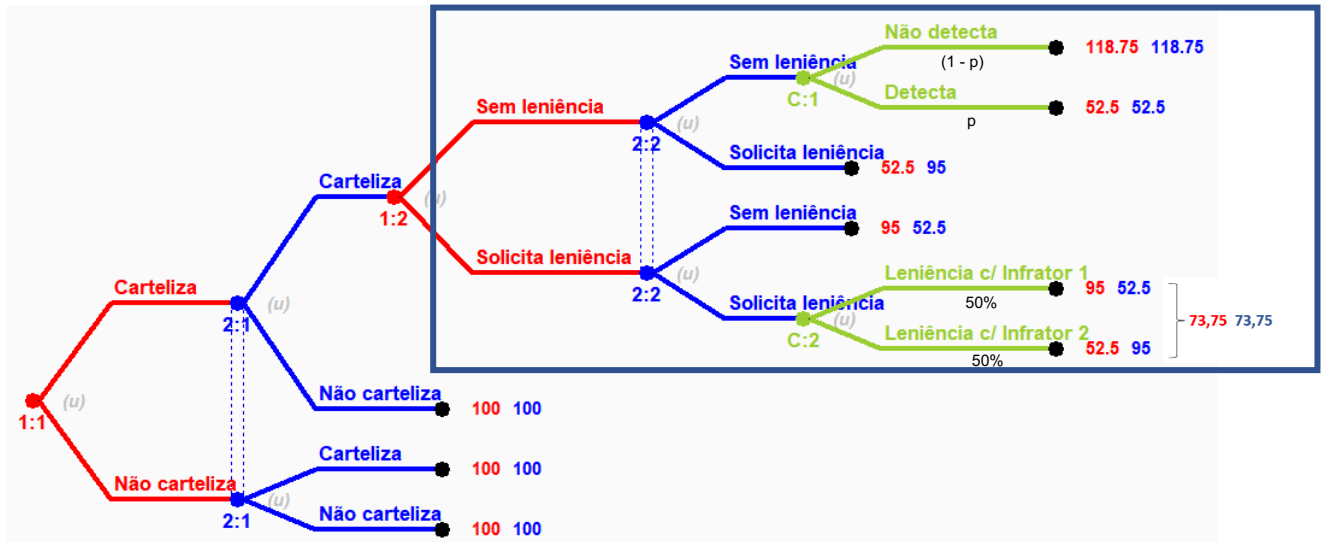
A tabela a seguir resume as recompensas dos jogadores no modelo nº 2 de acordo com a Tabela 4:

Tabela 7 – Recompensa dos jogadores no modelo nº 2

Status	Recompensa
Jogadores em competição	100
Infratores detectados ou denunciados	52,5
Infrator signatário do acordo de leniência	95
Infratores em corrida para celebração do acordo de leniência	73,75
Infrator não detectado ou não denunciado	118,75

Abaixo segue a árvore do jogo, com o subjogo nº 2 delimitado no retângulo e com os *payoffs* ajustados de acordo com os valores da Tabela 7:

Figura 12 - Árvore completa do jogo do modelo nº 2



A Tabela nº 8 ilustra, na forma estratégica, o equilíbrio do subjogo nº 2. É presumido que a autoridade tem um percentual de detecção não nulo, isto é, $p > 0$. Então, para a estratégia $\{(carteliza; sem leniência)\}$, com $0 < p \leq 1$, o *payoff* mínimo será 52,5 para $p = 1$, mas não alcançará 118,75, visto que necessariamente $p > 0$. Assim, a recompensa estará entre o intervalo $52,5 \leq payoff < 118,75$.

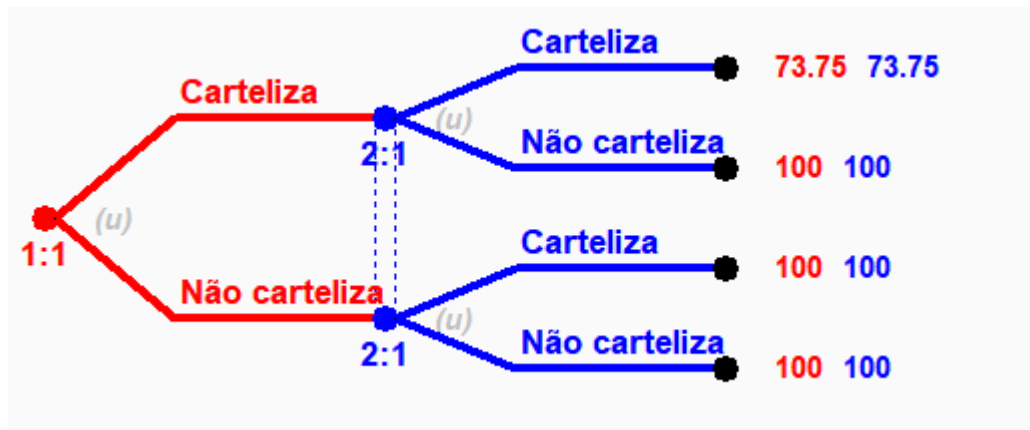
O subjogo nº 2 pode ter mais de um equilíbrio. Para $52,5 \leq payoff < 95$, o equilíbrio é a corrida para a celebração do acordo de leniência - $\{(carteliza; solicita leniência)\}$. Para $95 \leq payoff < 118,75$, o equilíbrio é tanto a corrida para a celebração do acordo de leniência - $\{(carteliza; solicita leniência)\}$ - quanto a continuidade no conluio - $\{(carteliza; sem leniência)\}$.

Tabela 8 - Forma estratégica do subjogo nº 2

$0 < p \leq 1$	INFRATOR 2	INFRATOR 2
INFRATOR 1	(Carteliza; sem leniência)	(Carteliza; solicita leniência)
(Carteliza; sem leniência)	$52,5 \leq payoff < 118,75;$ $52,5 \leq payoff < 118,75$ (equilíbrio do subjogo, se $95 \leq payoff < 118,75$)	52,5; 95
(Carteliza; solicita leniência)	95; 52,5	$73,75; 73,75$ (equilíbrio do subjogo)

Com a indução reversa, nota-se que a estratégia $\{(carteliza; solicita leniência); (carteliza solicita leniência)\}$ é um equilíbrio do sujogo nº 2, mas não do jogo como um todo, pois o *payoff* desta escolha (73,75) é menor que não cartelizar (100).

Figura 13 - Indução reversa – modelo nº 2 - $\{(carteliza; solicita leniência); (carteliza; solicita leniência)\}$



Em relação à estratégia $\{(carteliza; sem leniência); (carteliza; sem leniência)\}$, nota-se que a melhor escolha dos jogadores é cartelizar e não celebrar o acordo de leniência se o *payoff* for maior que a recompensa de não cartelizar (100). A recompensa da cartelização é descrita por $[(1 - p)118,75 + 52,5(p)]$. Assim, calcula-se a probabilidade p para que o cartel não valha a pena:

$$100 > (1 - p)118,75 + 52,5(p)$$

$$p > 0,283$$

Dessa forma, para $p > 0,283$, nenhum dos jogadores optam pelo conluio. Para $p \leq 0,283$, o cartel é formado e não há celebração de acordo de leniência.

Com isso, ao contrário do padrão legislativo anterior, em nenhum momento após a formação do cartel os infratores cogitariam correr para celebrar o acordo de leniência, uma vez que o seu *payoff* sempre será menor que em qualquer outra estratégia. Em suma, as estratégias variam em cartelizar não celebrando o acordo de leniência e não cartelizar:

Tabela 9 – Resumo dos equilíbrios do modelo nº 2

Probabilidade (p) de detecção do cartel	Estratégia adotada
$p > 0,238$	Não cartelizar
$p \leq 0,238$	Cartelizar e permanecer no conluio

6.1.3. Modelo nº 3 – Indenização correspondente ao valor do dano, provas acessíveis e responsabilidade solidária

No terceiro modelo legislativo, é mantido o regime de responsabilidade civil da Lei nº 12.529/2011 e do Código Civil, isto é, sem a responsabilização por meio do *double damages* do PL nº 283/2016. No entanto, para estimular as ações reparatórias, encontram-se presentes os incentivos trazidos pela da Resolução nº 21/2018, isto é, o compartilhamento de informações obtidas pela autoridade da concorrência, e as regras de prescrição do PL nº 283/2016, ou seja, seu aumento para cinco anos, contados da data da ciência do ilícito, que corresponderá à data da publicação da decisão administrativa de condenação.

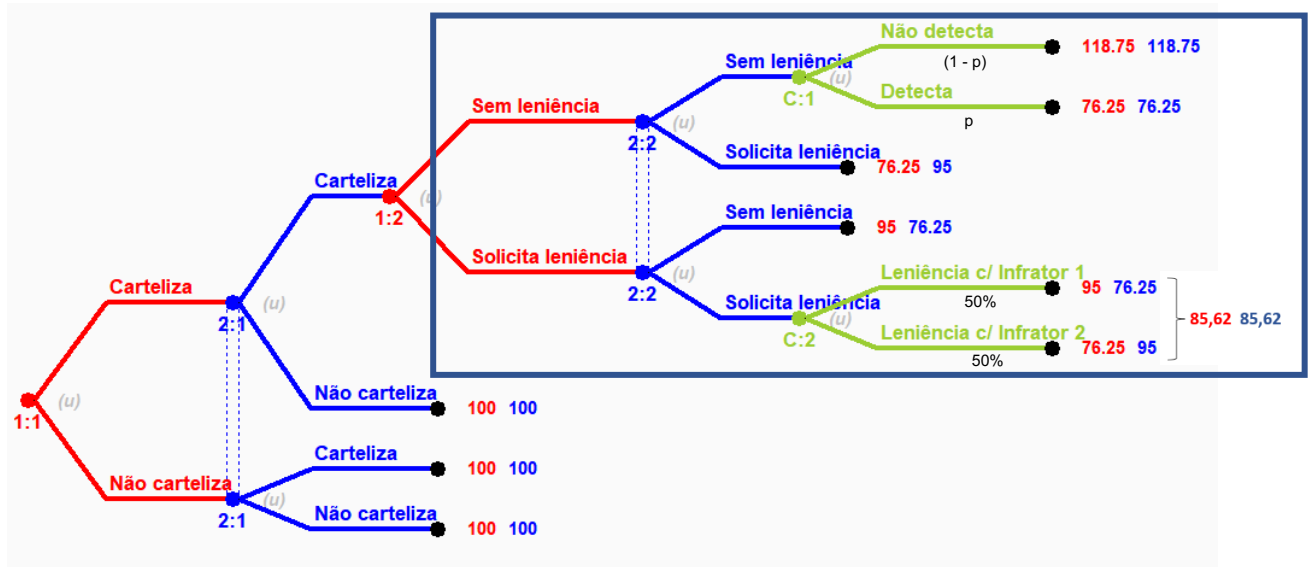
A responsabilidade civil é limitada ao valor do dano causado para todos os coinfratres, resultado em um *payoff* de 95 (118,75 - 23,75) para o beneficiário do acordo de leniência e de 76,25 (118,75 - 18,75 - 23,75) para os infratores delatados. Se os dois infratores iniciarem uma corrida para celebração do acordo de leniência, será aplicada uma probabilidade de 50% para cada jogador vencer ou perder a corrida. Nesse caso, as recompensas corresponderão à média entre o *payoff* correspondente à sua vitória (95) e à sua derrota (76,25), resultando na recompensa média de 85,62. A tabela abaixo resume as recompensas dos jogadores no modelo nº 3 de acordo com a Tabela 4:

Tabela 10 – Recompensa dos jogadores no modelo nº 3

Status	Recompensa
Jogadores em competição	100
Infratores detectados ou denunciados	76,25
Infrator signatário do acordo de leniência	95
Infratores em corrida para celebração do acordo de leniência	85,62
Infrator não detectado ou não denunciado	118,75

Abaixo segue a árvore do jogo, com os *payoffs* ajustados de acordo e com o subjogo nº 3 delimitado pelo retângulo:

Figura 14 – Árvore completa do jogo do modelo nº 3



A Tabela nº 11 representa, na forma estratégica, o equilíbrio do subjogo nº 3. Presume-se que a autoridade terá um percentual de detecção não nulo, isto é, $p > 0$. Então, para a estratégia $\{(carteliza; sem leniência); (carteliza; sem leniência)\}$, com $0 < p \leq 1$, o *payoff* mínimo será 76,25 para $p = 1$, mas não alcançará 118,75, pois necessariamente $p > 0$. Com isso, a recompensa da estratégia $\{(carteliza; sem leniência); (carteliza; sem leniência)\}$ estará entre o intervalo $76,25 \leq payoff < 118,75$.

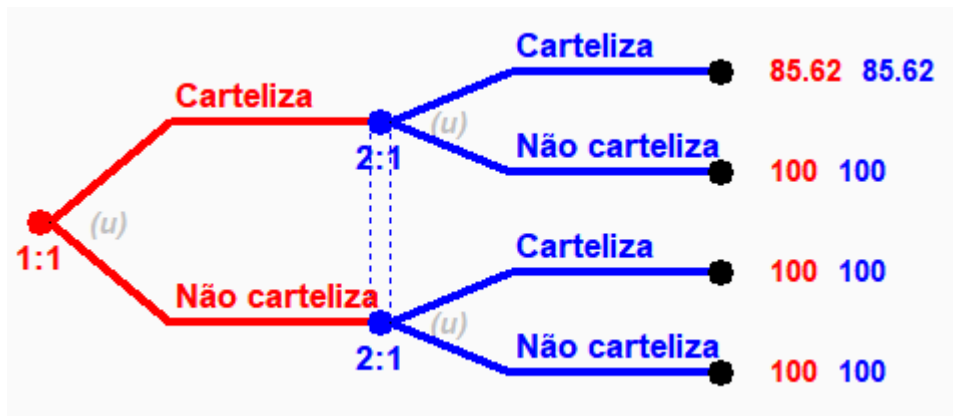
O subjogo nº 3 pode ter mais de um equilíbrio. Para $76,25 \leq payoff < 95$, o equilíbrio é a corrida para a celebração do acordo de leniência - $\{(carteliza; solicita leniência); (carteliza; solicita leniência)\}$. Para $95 \leq payoff < 118,75$, o equilíbrio é tanto a corrida para a celebração do acordo de leniência - $\{(carteliza; solicita leniência); (carteliza; solicita leniência)\}$ - quanto a continuidade da colusão - $\{(carteliza; sem leniência); (carteliza; sem leniência)\}$.

Tabela 11 - Forma estratégica do subjogo nº 3

$0 < p \leq 1$	INFRATOR 2	INFRATOR 2
INFRATOR 1	(Carteliza; Sem leniência)	(Carteliza; solicita leniência)
(Carteliza; Sem leniência)	$76,25 \leq payoff < 118,75;$ $76,25 \leq payoff < 118,75$ (equilíbrio do subjogo, se $95 \leq payoff < 118,75$)	76,25; 95
(Carteliza; solicita leniência)	95; 76,25	$85,62; 85,62$ (equilíbrio do subjogo)

Com a indução reversa, nota-se que a estratégia $\{(carteliza; solicita leniência); (carteliza; solicita leniência)\}$ é um equilíbrio do sujogo nº 3, mas não do jogo como um todo, pois o *payoff* desta escolha (85,62) é menor que não cartelizar (100).

Figura 15 - Indução reversa – modelo nº 3 - $\{(carteliza, solicita leniência; carteliza, solicita leniência)\}$



Em relação à estratégia $\{(carteliza; sem leniência); (carteliza; sem leniência)\}$, nota-se que a melhor escolha dos jogadores é cartelizar e não celebrar o acordo de leniência se o *payoff* for maior que a recompensa de não cartelizar (100). A recompensa da colusão é descrita por $[(1 - p)118,75 + 76,25(p)]$. Assim, calcula-se a probabilidade p para que o cartel não compense:

$$100 > (1 - p)118,75 + 76,25(p)$$

$$p > 0,44$$

Dessa forma, para $p > 0,44$, o conluio é inviável. Para $p \leq 0,44$, o cartel é formado e não há celebração de acordo de leniência.

Tabela 12 – Resumo dos equilíbrios do modelo nº 3

Probabilidade (p) de detecção do cartel	Estratégia adotada
$p > 0,44$	Não cartelizar
$p \leq 0,44$	Cartelizar e permanecer no conluio

Nesse contexto, constata-se que o resultado ficou relativamente próximo ao modelo nº 2. No entanto, como o valor da indenização é menor, precisa-se de maior capacidade de detecção da autoridade para tornar a conduta ilícita inviável.

Portanto, de acordo com os pressupostos do jogo, dos padrões normativos avaliados e dos incentivos dos jogadores, constata-se que a indenização dos prejudicados, independentemente de ser na forma do *double damages* ou de ser correspondente ao montante do prejuízo causado, conjuntamente com a potencial condenação dos ofensores ao pagamento de multas, tem o efeito de incrementar a dissuasão *ex ante*, ou seja, de inibir os potenciais infratores em praticar o ilícito, a depender da probabilidade de detecção da autoridade antitruste.

No entanto, se a capacidade de detecção de ilícitos pela autoridade da concorrência for insuficiente, haveria o risco de o acordo de leniência não ser cogitado pelo infrator e a conduta não ser detectada.

6.1.4. Modelo nº 4 – *Double Damages*, provas acessíveis e responsabilidade subsidiária

Este padrão legislativo é semelhante ao segundo, com a diferença de que o beneficiário do acordo de leniência é imune à multa administrativa e é responsável subsidiariamente na esfera civil, resultando em um *payoff* de 118,75. Por outro lado, o infrator delatado arca com a penalidade aplicada pela autoridade da concorrência e com os danos causados, em dobro, diretamente por ele e pelo infrator beneficiado pela transação, resultando em *payoff* de 5 (118,75 – 18,75 – 4 x 23,75). Dessa forma, nota-se que a responsabilidade subsidiária do beneficiário do acordo de leniência sobrecarrega o outro coinfrator.

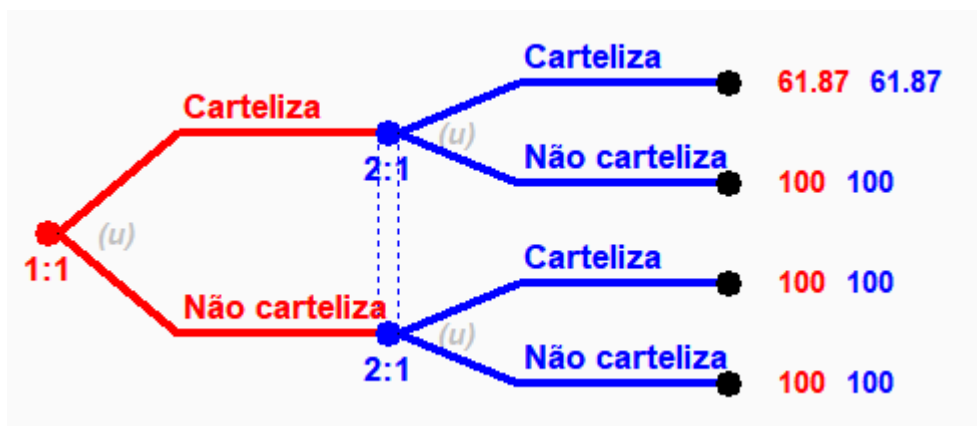
Se os jogadores iniciarem uma corrida para celebração do acordo de leniência, será aplicada uma probabilidade de 50% de vitória e de derrota. Nesse caso, as recompensas corresponderão à média entre o *payoff* correspondente à sua vitória (118,75) e à sua derrota (5), resultando na recompensa média de 61,87. A tabela abaixo resume as recompensas dos jogadores no modelo nº 4 de acordo com a Tabela 4:

Tabela 14 - Forma estratégica do subjogo nº 4

$0 < p \leq 1$	INFRATOR 2	INFRATOR 2
INFRATOR 1	Não leniência	Leniência
Não leniência	$52,5 \leq \text{payoff} < 118,75$; $52,5 \leq \text{payoff} < 118,75$;	5; 118,75
Leniência	118,75; 5	61,87; 61,87 (equilíbrio do subjogo)

Então, para $0 < p \leq 1$, o equilíbrio do subjogo será a corrida para a celebração do acordo de leniência. Ao aplicar a técnica da indução reversa, tem-se o jogo principal ilustrado de acordo com a Figura 17. Percebe-se que o equilíbrio do jogo como um todo é a não formação do cartel, visto que a colusão gera o retorno médio de 61,87 para os jogadores e a observância das normas traz uma recompensa de 100 para cada:

FIGURA 17 - Indução reversa – modelo nº 4



Assim, conclui-se que a responsabilidade subsidiária do signatário do acordo de leniência aumentaria o prêmio da transação, o que estimularia a celebração do acordo sob a ótica individual dos jogadores após a formação do cartel. Por outro lado, o delatado seria responsável integralmente pela multa e pela reparação civil, o que faz com que a possibilidade de internalização do sobrepreço não compense esse risco. Assim, a recompensa média em cartelizar é menor do que a de não cartelizar, como mostra a figura acima.

Portanto, o modelo em questão, assim como os dois anteriores, trouxe como equilíbrio o resultado socialmente mais satisfatório, isto é, a não consumação do cartel. No entanto, diferentemente dos modelos nº 2 e 3, não há equilíbrios socialmente indesejados, como a colusão seguida da não celebração do acordo de leniência.

6.1.5. Comparação dos equilíbrios dos modelos nº 1 a 4

É possível imaginar a política de defesa da concorrência quatro cenários. O primeiro deles, e pior, é quando ocorre a infração, mas as vítimas não serão compensadas e as penalidades não são aplicadas. O segundo é descrito como aquele em que há infração e até punição dos infratores, mas as vítimas não são indenizadas. O terceiro estágio compreende aquele em que há a conduta ilícita, a multa administrativa é aplicada pela autoridade antitruste e os ofendidos são compensados. Apesar de a autoridade estatal e os prejudicados se mobilizarem, há recursos gastos para a efetivação de *enforcement*, visto que há custos sociais com investigação, com serviços advocatícios, com processos judiciais, dentre outros. O quarto e último cenário corresponde àquele em que não há infração em razão dos efeitos dissuasórios, e assim, não há qualquer necessidade de punição a ser aplicada e dano a ser reparado.

Nesse contexto, é possível enquadrar os equilíbrios dos jogos representativos dos modelos legislativos nos cenários supracitados. No primeiro deles (Indenização correspondente ao valor do dano, provas sigilosas e responsabilidade solidária), os infratores formam o conluio, mas celebram o acordo de leniência, quando a penalidade será aplicada. No entanto, as vítimas não são compensadas, já que não possuem capacidade de obter provas por capacidade própria e a autoridade da concorrência não compartilha as informações obtidas no curso da investigação.

No segundo modelo (*Double damages*, provas acessíveis e responsabilidade solidária), há dois equilíbrios: para a probabilidade de detecção $p > 0,283$, não seria formado o cartel. Para $p \leq 0,283$, haveria colusão sem aplicação de penalidade e sem reparação de dano.

O mesmo ocorre no terceiro modelo (Indenização correspondente ao valor do dano, provas acessíveis e responsabilidade solidária). Para $p > 0,44$, não seria formada a colusão. Para $p \leq 0,44$, não haveria *enforcement* público ou privado.

No último modelo (*Double Damages*, provas acessíveis e responsabilidade subsidiária), o resultado encontrado corresponde à dissuasão da conduta ilícita. A Tabela 15 ilustra os cenários para cada um dos modelos normativos.

Tabela 15 – Cenários da política antitruste de acordo com os equilíbrios de *Nash* dos modelos legislativos

Modelo legislativo	Cenário da política antitruste			
	1º - Infração sem punição e sem compensação	2º - Infração com punição e sem compensação	3º - Infração com punição e com compensação	4º - Não há infração
Modelo nº 1 - Indenização correspondente ao valor do dano, provas sigilosas e responsabilidade solidária				
Modelo nº 2 - <i>Double damages</i> , provas acessíveis e responsabilidade solidária				
Modelo nº 3 - Indenização correspondente ao valor do dano, provas acessíveis e responsabilidade solidária				
Modelo nº 4 - <i>Double Damages</i> , provas acessíveis e responsabilidade subsidiária				

Dessa forma, se os resultados teóricos apresentados representarem com precisão as estruturas de incentivos dos potenciais infratores e dos prejudicados, o *private enforcement* pode melhorar ou piorar a política de defesa da concorrência.

Se a autoridade de defesa da concorrência não possui determinada probabilidade de detecção de cartéis, a colusão poderá continuar a se formar e nenhum dos infratores será

estimulado a delatar. Por um lado, se a autoridade possui determinada chance de detecção do ilícito, o cartel sequer é formado.

Assim, ressalta-se que nem sempre as ações reparatórias preenchem o *enforcement gap*, visto que podem resultar em um equilíbrio socialmente não desejado, como a inércia dos infratores em relação à celebração do acordo de leniência.

Por outro, se a probabilidade de detecção do ilícito não for nula, a responsabilidade subsidiária do signatário do acordo de leniência faz com que seja afastada a aludida inércia dos infratores.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões expostas na pesquisa acerca da interface entre o *enforcement* público e privado no direito concorrencial brasileiro merecem destaque. Frisa-se a relevância do tema, em especial pelas discussões recentes sobre os estímulos às ações privadas de ressarcimento de dano concorrencial e seus efeitos sobre a política de defesa da concorrência.

Nesse sentido, foram descritas as medidas públicas que o SBDC tem à disposição para reprimir condutas lesivas à ordem econômica, em especial os procedimentos previstos na Lei nº 12.529/2011, o acordo de leniência e a aplicação da penalidade pecuniária no âmbito do processo administrativo sancionador.

Ademais, também foi apresentada a noção de *private enforcement* e sua relação com o dano decorrente do ilícito concorrencial e com as funções da responsabilidade civil. Nesse sentido, como o valor da indenização está vinculado ao prejuízo causado pela infração, foram expostos os métodos de quantificação de dano, em especial os métodos comparativos e o modelo de análise de estrutura de mercado.

No que tange à tensão entre ambas as medidas, o trabalho investigou os impactos que as ações de reparação de danos podem ter sobre o *public enforcement*, especialmente sobre o acordo de leniência, com vista à identifica-los e avaliar como os institutos legais podem ser aprimorados para que os política de defesa da concorrência atenda tanto os interesses reparatórios das partes lesadas quanto a dissuasão de potenciais infratores. Nesse sentido, foram apresentados os casos do cartel internacional dos compressores e do cartel dos metrô, onde as provas obtidas no acordo de leniência foram reivindicadas em juízo para fundamentar o pedido indenizatório e como o *public enforcement* pode ser impactado em situações como essa.

Nesse sentido, foi avaliada a experiência estrangeira com o objetivo de verificar as soluções para a tensão apresentada e quais são as propostas discutidas no Brasil, como o PL nº 283/2016. O que se identificou foi que, com exceção dos Estados Unidos, prevalece o papel repressivo da autoridade da concorrência face à baixa atuação dos prejudicados em reivindicar a reparação, como tem ocorrido no Brasil.

Na Europa, o debate resultou na elaboração da Livro Branco e do Livro Verde, que visaram incrementar mecanismos de reparação civil, e na Diretiva nº 2014/104/UE, que traz novas regras de responsabilidade civil para coinfratores e disciplina a confidencialidade dos

documentos obtidos pelos programas de leniência a fim de conciliar as medidas públicas com o direito de reparação dos prejudicados.

Além do Brasil, notou-se que em outros países o *public* e o *private enforcement* foram expostos em ações judiciais de forma semelhante aos casos do cartel internacional dos compressores e do cartel dos metrô. Nesse sentido, na Alemanha e na Comissão Europeia, foi processado o caso *Pfleiderer*. Na Austrália, o caso *ACCC x Visy Industries Holdings Pty Ltd*. No Reino Unido, o *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd & Ors*.

Dessa forma, analisou-se vários ordenamentos jurídicos para identificar como o arranjo legal se organiza para equilibrar ambas as medidas. Os Estados Unidos, por exemplo, adotam o *treble damages* e há tanto as ações *stand-alone* quanto as *follow-on*. Ademais, identificou-se que o *private enforcement* tem função preponderantemente dissuasória e punitiva, ao contrário dos demais ordenamentos, e que o beneficiário do acordo de leniência também responde na esfera judicial, mas limitada ao valor do dano.

Na Europa, observou-se que a função das ações reparatorias é primariamente reparatoria. Foi editada a Diretiva 2014/104/EU para dirimir a tensão entre o *private* e o *public enforcement*. Em linhas gerais, limitou-se a responsabilidade civil do beneficiário do acordo aos danos causados aos adquirentes diretos e indiretos, suspendeu-se ou limitou-se o prazo prescricional e regulamentou-se o acesso de documentos obtidos pela autoridade da concorrência nacional aos prejudicados.

Já a Hungria adotava responsabilidade subsidiária do signatário do acordo de leniência, salvo se os coinfratores não fossem capazes de arcar com os prejuízos causados. No entanto, teve que se adequar à Diretiva 2014/104/EU.

Ademais, notou-se que o Reino Unido é um dos países europeus onde o *private enforcement* mais se desenvolveu. Além de a Diretiva 2014/104/EU ser implementada, houve a criação do *voluntary redress scheme*, que tem o objetivo de antecipar a reparação dos ofendidos.

Já na Austrália, assim como na Alemanha e no Reino Unido, a discussão sobre a disponibilidade de documentos obtidos pela ACCC ocorreu no Poder Judiciário a partir de 2007. Como resposta, em 2010, foi publicado o CCA, que limitava o compartilhamento de informações por parte da ACCC.

Desde 2007, o Canadá regulamenta o acesso aos documentos pertencentes ao *Bureau of Canada*. No guia “*Information Bulletin on the Communication of Confidential Information Under the Competition Act*”, a autoridade confere caráter sigiloso a tais documentos. No entanto, para garantir a reparação dos prejudicados, a *Bureau of Canada* pode intervir nas demandas judiciais.

A partir do histórico da legislação brasileira e estrangeira e as formas como o *public* e o *private enforcement* se interagem, a teoria dos jogos foi utilizada como metodologia para avaliar o sistema de incentivos que potenciais infratores e prejudicados possuem a partir de certos modelos normativos, em especial aqueles com elementos trazidos pela Resolução nº 21/2018 do CADE e pelo PL nº 283/2016.

E a partir dessa metodologia buscou-se responder o seguinte tema-problema: a atual estruturação normativa das medidas públicas e privadas do direito da concorrência brasileiro resulta no conflito ou na convergência entre ambos? No caso de conflito, quais normas poderiam ser adotadas para que haja uma conciliação entre os objetivos de dissuasão de condutas ilícitas e a reparação do dano eventualmente sofrido pelos lesados?

Como resposta preliminar, foi adotada a seguinte hipótese: (i) o desenho normativo da Lei nº 12.529/2011 colocava em conflito as medidas públicas e privadas e (ii) o compartilhamento de provas obtidas pela autoridade antitruste, (iii) a subsidiariedade da responsabilidade civil do acordo de leniência e a (iv) indenização punitiva, como o *double damages*, sobre os demais coinfratores poderiam ser utilizados para conciliar a função dissuasória e reparatória da política antitruste.

Assim, se os resultados teóricos apresentados representarem com precisão as estruturas de incentivos dos potenciais infratores e dos prejudicados, alguns apontamentos podem ser suscitados. O primeiro, o *public* e o *private enforcement* podem estar sob tensão. Isso porque o caráter sigiloso de provas obtidas no acordo de leniência dificultaria a reparação dos prejudicados. De outro modo, a disponibilização de provas obtidas na aludida transação poderia desincentivar a celebração do acordo. Nesse aspecto, e de acordo com a metodologia empregada, o item (i) da hipótese é confirmado.

O segundo apontamento é de que o *private enforcement* pode ter dois efeitos sobre a política de defesa da concorrência. Se a autoridade da concorrência possui um certo percentual para identificar e reprimir condutas ilícitas, o compartilhamento de informações obtidas no

programa de leniência ajudaria os prejudicados a ter seus danos reparados e dissuadiria os infratores a iniciar a infração.

No entanto, se a autoridade da concorrência não possui o percentual necessário para detectar e punir infratores, o compartilhamento de informações obtidas no acordo de leniência poderia desestimular a celebração da transação e incrementar a estabilidade do conluio. Nesse sentido, o simples compartilhamento de provas não contribuiria necessariamente para o desenvolvimento da política de defesa da concorrência e não resolveria a tensão entre as medidas públicas e privadas. Portanto, nesse aspecto o item (ii) da hipótese não pode ser confirmado.

O terceiro apontamento que se faz a partir dos resultados teóricos encontrados é que o *double damages* não resolveria por completo a tensão entre o *private* e o *public enforcement* decorrente do compartilhamento de provas. Em síntese, ele diminuiria o percentual necessário de detecção para que a dissuasão dos infratores torne o ilícito inviável. No entanto, assim como o modelo normativo em que a responsabilidade civil se limita ao valor do dano, se um certo percentual de detecção do ilícito não for atingido, os infratores ainda teriam incentivos para formar o conluio e não celebrar o acordo de leniência. Dessa forma, o *double damages*, aliado ao compartilhamento de provas, teria efeitos limitados na resolução a tensão entre as medidas públicas e privadas. Assim, o item (iv) da hipótese não pode ser confirmado.

O quarto apontamento se refere aos possíveis efeitos trazidos pela subsidiariedade da responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência na resolução da tensão para os modelos em que há o compartilhamento de provas pela autoridade da concorrência. Os resultados teóricos informaram que a quebra do sigilo das provas e a responsabilidade subsidiária, quando aplicados conjuntamente, desincentivam a formação do cartel, independentemente da alta ou baixa probabilidade de detecção do conluio pela autoridade, sendo este o modelo institucional preferível dentre aqueles analisados neste trabalho. Nesse aspecto, o item (iii) da hipótese só é confirmado se a responsabilidade subsidiária do beneficiário do acordo de leniência for aplicada em conjunto com o compartilhamento de informações obtidas pela autoridade da concorrência.

Cumprе destacar que o *private enforcement* poderia resultar na diminuição da celebração de acordos de leniência, seja pela dissuasão de potenciais infratores em formar o conluio, seja pela diminuição do prêmio pela celebração na hipótese de configuração do cartel.

Independentemente disso, é importante ressaltar que a proteção do acordo de leniência não é um fim em si mesmo, visto que a ele se somam outros meios de dissuasão de potenciais infratores, como o regime de responsabilização civil. Se a infração não chega a se consumar, o acordo não precisaria ser celebrado e a política de defesa da concorrência estaria alinhada aos seus fins. Percebe-se, portanto, que o número de celebrações de acordo de leniência não é um parâmetro seguro para nortear a política de defesa da concorrência.

Dessa forma, não é possível, de antemão, definir qual é o melhor desenho de normas para que os objetivos de reparação e dissuasão da política antitruste sejam atendidos. As normas devem avaliar, por exemplo, a capacidade da autoridade da concorrência em investigar e punir os infratores da ordem econômica. Com isso, se essa autoridade tem baixa probabilidade de efetuar suas funções no *public enforcement*, o compartilhamento de informações, por si, poderia prejudicar a política antitruste em razão de possível inércia dos ofensores para a celebração do acordo de leniência. Com isso, nem a reparação dos lesados nem a repressão conduzida pela autoridade da concorrência seriam alcançadas. Para esse cenário, segundo os resultados teóricos deste trabalho, o modelo institucional recomendável seria o compartilhamento de provas obtidas pela autoridade conjugado à responsabilidade civil subsidiária do proponente do acordo de leniência, visto que com ele se alcançaria a dissuasão *ex ante* independentemente da probabilidade de detecção do ilícito pela autoridade de defesa da concorrência.

Nesse sentido, nota-se que o conjunto de normas trazidas pela Resolução nº 21/2018 e pelo PLS nº 283/2016 atenderia à política de defesa de concorrência apenas em um cenário em que a autoridade possui um certo percentual de detecção dos infratores. Entretanto, a efetividade da política antitruste poderia não ser alcançada se a autoridade da concorrência não tiver habilidade suficiente para tornar efetivo o *public enforcement*. Dessa forma, se as premissas da pesquisa representarem com certo grau de precisão os incentivos dos agentes, sugere-se a reforma do aludido projeto de lei a fim de permitir o aumento do prêmio do acordo de leniência por meio da subsidiariedade da responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência e a manutenção do regime de compartilhamento de provas de que trata a Resolução nº 21/2018.

Por fim, cumpre destacar que a pesquisa permitiu adotar uma análise interdisciplinar do objeto de estudo, por meio do Direito e da Economia, e pôde refletir sobre os caminhos que a política de defesa da concorrência brasileira pode trilhar. Destaca-se que a metodologia e a delimitação do escopo da pesquisa visaram apenas a conduzi-la de acordo com seus objetivos e hipóteses, sinalizando que a temática e muitas questões adjacentes à repressão de ilícitos

concorrenciais conjugadas ao direito de ressarcimento dos prejudicados ainda precisam ser exploradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido; FONSECA, João Bosco Leopoldino da; Universidade Federal de Minas Gerais. *A Análise Econômica do Direito na Perspectiva do Jurista*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

ANDRADE, Diogo Thomson de; RODRIGUES, Eduardo Frade. *A Importância do Compliance na Detecção e Combate aos Cartéis*. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinícius Marques de. (Coord.). *Compliance e Concorrência*. 2ª ed. rev., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 147-158.

AUSTRÁLIA. Federal Court of Australia. Australian Competition and Consumer Commission v. Visy Industries Holding Pty Ltd & Ors. J. Heerey. DJ: 29/03/2007. Imprensa Oficial. 2007.

AUSTRÁLIA. Federal Court of Australia. Cadbury Schweppes Pty Ltd v Amcor Ltd. J Gordon. DJ:19/02/2008. Imprensa Oficial. 2008.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In: TIMM, Luciano. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 266-295.

BEATON-WELLS, Caron. Private Enforcement of Competition Law in Australia: Inching Forwards? *Melbourne University Law Review*, Melbourne, vol. 39, nº 3 p. 681-737, 2016.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol 76, nº 2, p. 169-217, 1968.

BODNAR, Olivia; FREMEREY, Melinda; NORMANN, Hans-Theo; SHAD, Jannika. The Effects of Private Damage Claims on Cartel Stability: Experimental Evidence. *Dusseldorf Institute for Competition Economics Discussion Paper*, Dusseldorf, nº 315, 2019.

BOLOTOVA, Yuliya V. Cartel Overcharges: An Empirical Analysis. *Journal of Economic Behavior & Organization*, Amsterdã, vol. 70, p. 321-341, 2009.

BORK, Robert H. The Goals of Antitrust Policy. *The American Economic Review*. Pittsburgh, vol. 57, nº 2, p. 242-253, 1967.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Relator: Alessandro Octaviani Luis. Data do Julgamento: 22/01/2014. Brasília, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08700.007941/2016-64. Brasília: Publicação Oficial, 2016a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08012.002568/2005-51. Relator(a): Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Data do Julgamento: 07/12/2016. Brasília: Publicação Oficial, 2016b.

BRASIL. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. *Manual Advocacia da Concorrência – Cálculo de Danos em Cartéis: Guia Prático Para o Cálculo do Sobrepreço em Ações de Reparação de Danos*. 2018.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência. Imprensa Oficial. 2016. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=568008&ts=1567533944277&disposition=inline>> Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Senado. Parecer (SF) nº 30, de 2018. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, do Senador Aécio Neves, que Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de

compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência. Imprensa Oficial. 2018a. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7649110&disposition=inline#Emenda3>> Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Senado. Parecer (SF) nº 122, de 2018. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, do Senador Aécio Neves, que Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, para tornar a multa à prática de cartel por empresa ou grupo econômico, proporcional ao tempo de duração da infração à ordem econômica; instituir o ressarcimento em dobro aos prejudicados que ingressarem em juízo, ressalvados os réus que assinarem acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática, além de outros incentivos ao acordo de leniência, desde que este seja feito mediante apresentação de documentos que permitam ao CADE estimar o dano causado; determina a sustação do termo da prescrição durante a vigência do processo administrativo; e torna a decisão do Plenário do CADE apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência. Imprensa Oficial. 2018b. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7893990&disposition=inline#Subemenda2Emenda3>> Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.554.986/SP . Recorrentes: Whirlpool S.A., Brasmotors S.A. e Electrolux do Brasil S.A. Relator: Des. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 08/03/2016. Brasília: Publicação Oficial, 2016c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (4ª Turma). Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.13.6114. Apelantes: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relator(a): Des(a). Marli Ferreira. Data do Julgamento: 25/09/2014. São Paulo: Publicação Oficial, 2014a.

BUCCIROSSI, Paolo; MARVÃO, Catarina Moura Pinto; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Damages. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566774>. Acesso em: 01/07/2019.

BUEREN, Eckart; SMUDA, Florian. Suppliers to a Sellers' Cartel and the Boundaries of the Right to Damages in U.S. versus EU Competition Law. *European Journal of Law and the Economics*, Berlim, vol. 45, n° 3, p. 397-437, 2018.

BURNQUIST, Heloisa Lee; BACCHI, Mirian Rumenos Piedade. *A Demanda por Gasolina no Brasil: Uma Análise Utilizando Técnicas de Co-integração*. In: *XL Congresso Brasileiro de Economia e Sociologia Rural*, Passo Fundo/RS. Anais: Equidade e Eficiência na Agricultura Brasileira, 2002.

CANADÁ. Competition Bureau of Canada. *Information Bulletin on the Communication of Confidential Information Under the Competition Act*. 2007. Disponível em: <<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03597.html>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

CANADÁ. Competition Bureau of Canada. *Immunity and Leniency Programs Under the Competition Act*. 2019. Disponível em <<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04391.html>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel*. 2015. 203 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAUFFMAN, Caroline. The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. *Competition Law Review*, Maastricht, Working Paper n° 2011/34, 2011.

CAVANAGH, Edward D. The Private Antitrust Remedy: Lessons From the American Experience. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, n° 3, p. 629-649, 2010.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. O Critério de Fixação das Multas Aplicadas aos Cartéis Conforme a Lei n° 12.529/2011: Uma Análise Crítica. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, vol. 7, n° 1, p. 203-216, 2019.

CONNOR, John. M. Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence. *American Antitrust Institute Working Paper*, Washington, n° 04-05, 2004.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. *Issues in Competition Law and Policy*, Chicago, n° 3, p. 2203-2218, 2008.

CONNOR, John M. Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What do the Data Show? *American Antitrust Institute Working Paper*, Washington, nº. 12-03, 2012.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRANE, Daniel A. Private Enforcement Against International Cartels in Latin America: A U.S. Perspective. *Cardozo Legal Studies Researcher Paper*, Nova York, nº 31, 2008.

CRANE, Daniel A. Optimizing Private Antitrust Enforcement. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, nº 164, 2009.

CRANE, Daniel A. Compensation for Antitrust Violations: An Economic Perspective. *The Antitrust Bulletin*, Nova York, vol. 61, nº 3, p. 357-364, 2016.

CRAYCRAFT, Catherine; CRAYCRAFT, Joseph; GALLO, Joseph. Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay. *Review of Industrial Organization*, Berlim, vol. 12, nº 2, p. 171-183, 1997.

DORNELAS, Thiago do Bonfim. A Elasticidade Preço-Demanda e a Concentração do Mercado de Cimento no Brasil. In: III ENCONTRO PERNAMBUCANO DE ECONOMIA, Recife, 2014.

DUARTE, Ângelo Jose Mont'Alverne; MELLO, João Manoel Pinho de; TAUFICK, Roberto. *Quantificação da Vantagem Auferida em Cartéis: Uma Referência Para as Multas do Órgão de Enforcement em Defesa da Concorrência*. In: *A Revolução Antitruste no Brasil: A Era dos Cartéis*. Org. César Mattos. São Paulo: Singular, 2018, p. 129-148.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Day v. Woodworth. J. Cooper Grier. DJ:[...]. Imprensa Oficial, 1852.

ESTADOS UNIDOS. Illinois Brick Co. v. Illinois. J. White. DJ.: 09/06/1977. Imprensa Oficial, 1977b.

ESTADOS UNIDOS. Pfizer Inc. v. Government of India. J. Stewart. DJ.: 11/01/1978. Imprensa Oficial, 1978.

ESTADOS UNIDOS. American Soc’y of Mech. Eng’rs v. Hydrolevel. J. Blackmun. DJ.: 17/05/1982. Imprensa Oficial, 1982.

ESTADOS UNIDOS. Government Accountability Office. Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Views on Impact 2004 Antitrust Reform Are Mixed, But Support Whistleblower Protection. Washington, GAO, 2011.

FRIEDERISZICK, Hans W.; ROLLER, Lars-Hendrik. Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements: Insights From German Cartel Cases. *ESMT Working Paper*, Berlim, nº 10-001, 2010.

GERADIN, Damien. *Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is This a Reality Now?* *George Mason Law Review*, Arlington, nº 15-16, p. 1079-1101, 2015.

GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-31.

GURKAYNAK, Gonenc; YARDIM, Gorkem; KORKMAZ, Gulce. The Concept of Causal Link Within the Scope of Compensation for Cartel Damages and the “Umbrella Effect”: A Discussion in Light of the CJEU’s Kone Decision. In: *Attorneys-at-law in Honor of the 20th Anniversary of Competition Law Practice in Turkey*, 1-27. 2018.

HENSLER, Deborah R. Can Private Class Actions Enforce Economic Regulations? Do They? Should They? In: *BIENNIAL CONFERENCE*. Pittsburgh: European Union Studies Association, 2015.

HOUBA, Harold; MOTCHENKOVA, Evgenia; WEN, Quan. Legal Principles in Antitrust Enforcement. *The Scandinavian Journal of Economics*, Estocolmo, vol. 120, nº 3, p. 859-893, 2018.

HOVENKAMP, Herbert J. A Primer on Antitrust Damages. *Penn Law – Legal Scholarship Repository*, Filadélfia, p. 1-59. 2011.

HYLTON, Keith N. *Antitrust Law and Economics*. vol. 4. 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

ICN. *Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases*. Moscou: ICN Annual Conference, 2007.

JONES, Alison. Private Enforcements of EU Competition Law: A Comparison with, and lesson from, the US. *King's College London Research Paper Series*, Londres, n° 10/2016, 2016.

JUSKA, Zygimantas. The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Munique, vol. 49, p. 63-93, 2018.

KERSTING, Christian. Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, 2013.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert. The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, vol. 84, n° 1, p. 191-244, 2008.

LAITENBERGER, Ulrich; SMUDA, Florian. Estimating Consumer Damages in Cartel Cases. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, vol. 11, n° 4, 2015

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases. *University of San Francisco Law Review*, San Francisco, vol. 42, n° 2010-07, p. 879-918, 2008.

LANDE, Robert H. Class Warfare: Why Antitrust Class are Essential for Compensation and Deterrence. *Antitrust Magazine*, Baltimore, vol. 30, n° 2, p. 81-85, 2016.

LANDES, William M. Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 50, n° 2. p. 652-678, 1983.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito Como Método e Disciplina. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, Belo Horizonte, vol. 1, n° 1, 2008.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Some Mechanism Design Concepts for Legal Institutions*. In: BELLANTUONO, Giuseppe; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Legal Conversations Between Italy and Brazil*. Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza n° 35. Trento: Università di Trento, 2018, p. 147-164.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MACCULLOCH, Angus; WARDHAUGH, Bruce. *The Baby and The Bathwater: The Relationship in Competition Law Between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy*. In: CCP CONFERENCE, Norwich, 2012.

MACHADO, Luíza Andrade. Programas de Leniência e Responsabilidade Civil Concorrencial: o Conflito entre a Preservação dos Interesses da Leniência e o Direito à Indenização. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, vol. 3, nº 2. p. 114-132. 2015.

MAIER-RIGAUD, Frank P.; SCHWALBE, Ulrich. *Quantification of Antitrust Damages*. In: ASHTON, David.; HENRY, David. *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

MARESCA, Davide. The Importation of the Rule of Reason in European Competition Law: The Implications of Economic and Behavioral Theories and the Case of Port Services. *Il Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 27, nº, 1, 2013, p. 205-226.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos*. São Paulo: Atlas: 2015.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws. 2002.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Private Remedies. Policy Roundtables. 2007.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Determination and Application of Administrative Fines for Environmental Offences: Guidance for Environmental Enforcement Authorities in EECCA Countries. 2009.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels. 2013.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Executive Summary of the Roundtable on the Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement. Working Paper n° 3 on Cooperation and Enforcement, 2015.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Contribution of United States. Working Paper n° 3 on Cooperation and Enforcement, 2015a.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Contribution of Australia. Working Paper n° 3 on Cooperation and Enforcement, 2015b.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Contribution of Canada. Working Paper n° 3 on Cooperation and Enforcement, 2015c.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Contribution of United Kingdom. Working Paper n° 3 on Cooperation and Enforcement, 2015d.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Individual and Collective Private Enforcement of Competition Law: Insights for Mexico. 2018.

ODED, Sharon. Inducing Corporate Compliance: A Compound Corporate Liability Regime. *International Review of Law and Economics*, Amsterdã, vol. 31, n. 4, p. 272-283, 2011.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAGE, William H. The Scope of Liability for Antitrust Violations. *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 37, n. 6, p.1445-1512, 1985.

PAKAMANIS, Mantas. The Role of Class Actions in Ensuring Effective Enforcement of Competition Law Infringements in the European Union. *International Comparative Jurisprudence*, Amsterdã, vol. 2, n° 2, p. 122-130, 2016.

- PAREL, S. Scott. Removing the Illinois Brick Standing Barrier from the Texas Free Enterprise and Antitrust Act: A Matter of Choice. *SMU Law Review*, Dallas, vol. 50, n° 1, p. 409-432, 1997.
- PEYER, Sebastian. Cartel Members Only – Revisiting Private Antitrust Policy in Europe. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 60, n° 3, p. 627-657, 2011.
- POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, Nashville, vol. 38, p. 45-76, 2000.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2. Ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2007.
- REINO UNIDO. High Court of Justice. National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd & Ors. Mr. Justice Roth. DJ: 04/04/2012. Imprensa Oficial. 2012.
- REINO UNIDO. Competition & Market Authority. *Guidance on the CMA's Approval of Voluntary Redress Schemes*. Londres. 2015.
- RICHMAN, Barak D.; MURRAY, Christopher R. Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule. *Southern California Law Review*, Los Angeles, vol. 81, p. 69-107, 2007.
- RODGER, Barry J. *Why Not Court? A Study of Follow-on Actions in UK*. *Journal of Antitrust Enforcement*, Oxford, vol. 1, n° 1, p. 104-131, 2013.
- SANTOS, Gervásio F. Fuel Demand in Brazil in a Dynamics Panel Data Approach. *Energy Economics*, Amsterdã, v. 36, p. 229-240, 2012.
- SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; LIMA, Marcos André M. A Perda do Peso Morto e a Elasticidade-Preço da Demanda do Setor Siderúrgico no Brasil. *Estudos Econômicos*, São Paulo, vol. 36, n. 1, p. 127-147, 2006.
- SPAGNOLO, Giancarlo. *Divide et Impera: Optimal Leniency Programmes*. *CEPR Discussion Paper*, Washington, n° 4.840, 2005.

SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. *CEPR Discussion Paper*, Washington, nº 5.794, 2005a.

STEPHAN, Andreas. The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases. *Centre for Competition Policy Working Paper*, Norwich, nº 06-5, 2006.

STIGLER, George G. The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 78, nº 3, p. 526-536, 1970.

ULEN, Thomas S. *The Economics of Class Action Litigation*. In: BACKHAUSS, Jurgen, G.; CASSONE, Alberto; RAMELLO, Giovanni B. *The Law and Economics of Class Action in Europe: Lesson From America*. Edward. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, p. 75-98.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-453/99. Relator: M. Wathelet. DJ: 20/09/2001. Imprensa Oficial. 2001.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Livro Verde: Acções de Indemnização Devido a Violação das Regras Comunitárias no Domínio Antitrust*. Bruxelas: Jornal Oficial, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-295/04 e C-298/04. Relator: S. von Bahr. DJ: 13/07/2006. Imprensa Oficial. 2006.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Livro Branco: Acções de Indemnização por Incumprimento das Regras Comunitárias no Domínio Antitrust*. Bruxelas: Jornal Oficial, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Quantifying Antitrust Damages*. Towards non-binding Guidance for Courts. Study prepared for the European Commission. December 2009. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-360/09. Relator: E. Juhász. DJ: 14/06/2011. Imprensa Oficial. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Directivas*: Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Novembro de 2014 Relativa a Certas Regras que Regem as Ações de Indenização no âmbito do Direito Nacional por Infração às Disposições do Direito da Concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2014.

VAN DER BERGH, Roger; VISSCHER, Louis. The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law. *Erasmus Law Review*, Rotterdam, vol. 1, nº 2, p. 6-30, 2008.

WILS, Wouter P. J. The Relation Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. *World Competition Law and Economics Review*, Alphen aan den Rijn, vol. 32, n. 1, p. 3-26, 2009.

WILS, Wouter P. J. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assesment after Twenty Years. *World Competition Law and Economics Review*, Alphen aan den Rijn, vol. 39, nº 3, p. 327-388, 2016.

WILS, Wouter P. J. Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future. *World Competition Law and Economics Review*, Alphen aan den Rijn, vol. 40, nº 1, p. 3-46, 2017.