

PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA VERSUS A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

*Dani de Sousa Moreira**

ABSTRACT *First implemented in the United States Law, the leniency program for competition law infringements has profoundly changed the means of fighting anti-competitive agreements. This paper aims to understand the evolution of leniency programs in the United States anti-trust law and in its European counterpart, trying, at last, to understand its mutual influences and the possibility of a future unitary system.*

SUMÁRIO Introdução. 1. Cartéis e o regime jurídico de clemência. 1.1 Conceito de cartel. 1.2. Os programas de clemência: introdução ao conceito partindo de uma abordagem relacional. 2. A experiência norte-americana. 2.1. Gênese e apontamento histórico. 2.2. Regime jurídico atual. 2.3. O regime norte-americano vigente: um balanço intercalar. 3. A experiência europeia. 3.1. Quadro normativo geral. 3.2. Apontamento histórico. 3.3. A Rede Europeia de Concorrência. 3.4. Regime jurídico atual 3.5. O problema do acesso aos documentos e o exercício dos direitos dos lesados. 3.6. O regime europeu vigente: um balanço intercalar. 4. Caminho para um possível regime unitário? 5. Notas Finais.

KEY-WORDS Leniency, Anti Cartel, AntiCompetitive, Enforcement, Antitrust Law, Competition, Collusion, Criminalization, Fines, Jail Terms

* Este artigo corresponde, no essencial, ao trabalho final apresentado na unidade curricular de Direito Europeu da Concorrência e Defesa do consumidor do mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto, em dezembro de 2019, sob orientação da Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, a quem expressamos o nosso profundo agradecimento pelos conhecimentos transmitidos e saber inspirador, e que muito nos motivou no estudo e aprofundamento do presente tema.

INTRODUÇÃO

Nascida no contexto americano, tal como o direito da concorrência, o instituto da clemência apresenta-se cada vez mais como um instrumento essencial no combate à colusão empresarial. Durante esta exposição dedicar-nos-emos à explicitação da evolução dos programas de clemência da União Europeia e dos Estados Unidos da América, estudando, nomeadamente, as influências que cada um teve sobre o outro, tentando entender, num último momento, se estarão estes dois programas homólogos a convergir ou a divergir entre si.

1. CARTÉIS E O REGIME JURÍDICO DE CLEMÊNCIA

1.1 Conceito de cartel

Desde cedo¹ que os cartéis se têm vindo a destacar como uma ameaça a ter em consideração no que diz respeito à afetação da livre concorrência.

Socorramo-nos do conceito de cartel dado pela Diretiva n.º 2014/104 UE no n.º 14 do seu art. 2.º:

Um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.

A prática tem vindo a ensinar-nos que os cartéis se assumem com uma natureza tendencialmente secreta ou confidencial², não havendo, em princípio, redução a escrito de um “acordo de participação em cartel”. Tendo em conta estas características, e partindo do pressuposto de que apenas um grupo muito restrito de pessoas tem conhecimento da sua existência, cedo revelam sérias dificuldades de investigação e obtenção de prova para encontrar e desmantelar este tipo de conluíus empresariais. Além disso, vai

1 Veja-se, desde logo, Smith, 1987: 280.

2 Destaca alguns métodos de secretismo utilizadas pelos cartéis, Monti, 2000: 4.

referindo a doutrina³ que os cartéis se apresentam como uma maior ameaça do que as situações monopolistas de abuso da posição dominante, uma vez que os cartéis são muito mais facilmente formados do que aquelas, que implicarão, à partida, vários anos de fusões ou fusões-aquisições empresariais, desenvolvimento superior de investigação, *marketing* de qualidade, etc. Em contrapartida, os cartéis poderão ser formados de um dia para o outro.

Foram precisamente estas dificuldades que levaram a que muitos ordenamentos jurídicos, a começar pelo norte-americano, encetassem esforços no sentido de dismantelar este tipo de acordos. Dedicar-nos-emos a analisar o funcionamento e respetiva comparação entre o regime europeu e o regime norte-americano de um desses mecanismos: os programas de clemência.

1.2. Os programas de clemência: introdução ao conceito partindo de uma abordagem relacional

Seguindo a noção dada por Fernando Silveiro⁴, o regime de clemência ou os programas de clemência traduzem-se no:

[...] conjunto de regras e princípios, substantivos e procedimentais, quer tenham ou não autonomia sistemática, que oferecem imunidade total ou redução das sanções que, de outro modo, seriam impostas a um participante num cartel, em troca de revelação voluntária de informações que satisfaçam critérios específicos, antes ou durante a fase de investigação.

Assim, diremos que a clemência traduz a imunidade ou redução da coima que viria a ser aplicada a uma empresa infratora, membro de um cartel, em troca de informação (que diga respeito ao cartel) fornecida voluntariamente à autoridade da concorrência competente desde que certos requisitos sejam observados.

Conclui-se, assim, que o mecanismo de clemência está intimamente relacionado com o combate a acordos ou práticas concertadas entre empresas que sejam proibidas por lei⁵, não despoletando (ou reduzindo) coimas em processos contraordenacionais (ou penais⁶) que de outra forma tomariam lugar.

3 Hovenkamp, 2015: 192.

4 Silveiro, 2012: p. 253.

5 Nomeadamente pelo art. 101.º do TFUE, no direito norte-americano pela section 1. do Sherman Act e no direito pátrio pelo art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

6 Como veremos *infra*, o direito da concorrência norte-americano pune a existência de cartéis penalmente.

Mas qual é contributo concreto feito pelos programas de clemência na efetivação das regras *anti-trust*?

Nascida no direito norte-americano, é natural que sejam autores como Harrington Jr.⁷ que venham sustentar os efeitos e as vantagens que os programas de clemência apresentam no combate à colusão empresarial. Assim, defende o referido autor que estes atuam em quatro vertentes distintas. Primeiro, facilita a produção de prova, contribuindo para a condenação dos participantes em cartel. Segundo, ajuda a identificar os cartéis (que, como sabemos, se têm vindo a tornar cada vez mais secretos ao longo das últimas décadas⁸). Terceiro, as políticas de clemência são produtoras de instabilidade no seio dos cartéis constituídos, uma vez que aumentam a suspeita entre os seus constituintes, dilatando a probabilidade de colapso interno. Por fim, produzem um efeito dissuasor na formação de novos cartéis.

Também no contexto nacional, autores portugueses⁹ defendem que os programas de clemência têm objetivos repressivos e preventivos. No que aos primeiros diz respeito, entende-se que a clemência contribui grandemente para a diminuição das diligências de investigação e de recolha de prova (uma vez que esta deixará quase de ser necessária com a confissão a ser levada a cabo pela empresa requerente de clemência). Haverá, portanto, uma menor fase de investigação e uma prova mais sólida. Entre os segundos objetivos, destaca-se, tal como Harrington Jr. tinha feito, o efeito dissuasor que um programa de clemência causa nos comportamentos colusivos de longo prazo, estabelecendo o referido efeito desestabilizador.

Fazer uso dos programas de clemência não é, em todo o caso, unívoco na doutrina. Autores¹⁰⁻¹¹ há que questionam a conformidade axiológica desta solução com a justeza do sistema jurídico globalmente considerado. Isto é, até que ponto pode o Direito admitir o perdão de uma sanção a um ente

7 Harrington Jr., 2006: 4-5. Também autores europeus, nomeadamente doutrina francesa, apontam os efeitos dos programas de clemência: Lévêque, 2006: 34-36.

8 Chama-nos à atenção para esta evolução, ainda que muito brevemente, Moura e Silva, 2018: 363.

9 Como aponta Silveiro, 2012: 254 e ss.

10 Chaput, (2005: 19-28) faz uma interessante reflexão, concluindo que a influência de uma filosofia utilitarista na conceção dos programas de clemência se assume como essencial para a sua cabal compreensão e admissão.

11 Como destaca Moreira (2007: 79-81) as reações negativas que surgiram, num primeiro momento, à aprovação do primeiro programa de clemência europeu em 1996. Destacavam-se como principais críticas o facto de a sua aprovação implicar uma quebra com a tradição jurídica continental, nomeadamente porque chocava diretamente com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

que participou num conluio com o propósito de prejudicar os consumidores e demais concorrentes? Além disso, como pode o Direito admitir um tratamento diferenciado entre esses vários entes causadores de atos lesivos? Parece-nos ser perfeitamente legítimo colocar este tipo de questões. No entanto, entendemos que, pelas inequívocas vantagens trazidas na concretização efetiva das normas anticoncorrenciais (seguindo, de certo modo, uma filosofia utilitarista) é inegável a admissão destes mecanismos enquanto institutos que protegem, em última instância, valores axiologicamente superiores aos que por si são sacrificados – nomeadamente, a defesa do consumidor e da livre concorrência¹².

2. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

2.1. Gênese e apontamento histórico

O primeiro programa de clemência nasceu, como se referiu no início da exposição, no direito norte-americano durante a década de 70 do século passado.

A gênese dos programas de clemência deu-se num interessante contexto de pensamento económico. Se até ali era tida como dogma o pensamento da Escola de Harvard, dita “estruturalista”, que propugnava uma doutrina de elevado controlo dos mercados monopolistas, os fins da década de 70 marcam uma viragem radical do pensamento económico protagonizada pela Escola de Chicago. Marcadamente ultraliberal, Chicago era hostil a todas as formas de regulação concorrencial estatal e respetiva intervenção por parte das autoridades da concorrência no mercado, a quem atribuíam a responsabilidade de serem as grandes causadoras da perda de competitividade da economia americana face às restantes economias ocidentais¹³.

Com a chegada ao poder da Administração Reagan durante a década de 80, profundamente influenciada pelo pensamento da Escola de Chicago, procederam-se a intensos cortes no financiamento da *Federal Trade Commission* (FTC) e da *Antitrust Division of the Department of Justice* (DoJ), pretendendo diminuir a intervenção das autoridades da concorrência nos mercados. Ao mesmo tempo, procedeu o legislador à elevação qualitativa e quantitativa dos tipos legais de crime que puniam as práticas anticoncorrenciais organizadas

¹² A idêntica conclusão chega Botelho Moniz, *et. al.*, 2016: 701.

¹³ Desbrosse, 2010: p. 217.

em cartel¹⁴, flexibilizando, paradoxalmente, as regras de concorrência. Por fim, operou o legislador a uma verdadeira “recentragem da política de concorrência na luta contra os cartéis¹⁵”, abandonando, de certa forma, o objetivo tradicional de combate às situações de abuso monopolista.

É neste momento de alteração do paradigma, marcado por um fenómeno de relaxamento das regras de concorrência simultâneo ao endurecimento do gládio aos cartéis, que foi anunciado o primeiro programa de clemência norte-americano em 1978¹⁶. Com o objetivo de proporcionar um tratamento mais condescendente para as empresas que denunciasses um cartel em violação do *Sherman Act*¹⁷, e, simultaneamente, reconhecessem a sua participação no mesmo. Nesta primeira versão, o programa de clemência estava apenas disponível para as empresas que confessassem junto do DoJ antes de este ter encetado qualquer tipo de investigação (se a investigação já tivesse arrancado, mesmo que na fase inicial, a empresa não reunia condições para se candidatar).

Apesar destes primeiros passos, a primeira versão do programa de clemência norte-americano não atingiu o objetivo almejado. Tal como indica Desbrosse¹⁸, duas razões explicam este insucesso¹⁹: o benefício da clemência não tinha carácter automático (para a primeira empresa que a ele recorria, uma vez que era a única que se poderia candidatar), o que levava a que as empresas ficassem expostas a investigação após terem revelado a sua participação num cartel; a declaração de clemência realizada pela denunciante era uma mera declaração unilateral sem força jurídica vinculativa

2.2. Regime jurídico atual

Em 1993, tomando em consideração as críticas que vinham a ser apontadas à versão originária do programa de clemência, e pretendo torná-lo mais efetivo, o DoJ corrigiu as suas principais falhas. Nos termos da nova versão²⁰, o

14 Para mais desenvolvimentos: Ghosal & Sokol, 2014: 5-7.

15 Desbrosse, 2010: 217, *apud*, Souty, 2006: 29.

16 Corporate Leniency Policy (1978).

17 Aprovada pelo Congresso em 1890, é a lei federal americana que proíbe a colusão empresarial sob a forma de cartel. Releva especialmente para o nosso estudo a sua secção um. Repare-se, todavia, que a violação de tal norma é sancionada criminalmente (e não de forma leve) pelo 15 U.S.Code §1.

18 Desbrosse, 2010: 219, nota 18.

19 Nos primeiros dez anos de vigência, apenas quatro empresas reuniram as condições exigidas para se candidatarem ao programa de clemência, cf. OCDE, 2012: 151.

20 Corporate Leniency Policy, emitida pelo DoJ a 10 de agosto de 1993.

programa apresenta três novidades: (1) a imunidade é concedida automaticamente ao denunciante se não houver qualquer tipo de informação pré-existente sobre o cartel e se a empresa demonstrar total cooperação com o DoJ (clemência do tipo A²¹); (2) alternativamente, mesmo nos casos em que a cooperação com o DoJ só se inicie depois de a respetiva investigação ao cartel ter sido aberta, a empresa pode ainda estar ao abrigo da clemência (clemência do tipo B²²); (3) por fim, nas situações em que a empresa denunciante preencha os critérios para amnistia automática, os seus administradores, diretores e trabalhadores estão salvaguardados de ações penais contra si movidas pela participação nesse cartel (clemência do tipo C²³).

Antes de vermos amiúde cada modalidade, repare-se, tal como se referiu a propósito da versão originária, também a versão vigente só se aplica aos casos em que os requerentes de clemência reportem práticas anticoncorrenciais que consubstanciam conduta criminosa²⁴.

Vamos analisar cada uma destas modalidades.

a) Clemência do Tipo A

Para uma empresa se qualificar ao tipo A de clemência, isto é, à amnistia total e completa, seis requisitos cumulativos têm de ser preenchidos: (1) No momento da emissão da declaração de clemência, com os respetivos dados acerca do cartel, o DoJ não tem qualquer tipo de informação acerca do alegado cartel; (2) no momento da descoberta do cartel, a empresa pôs imediatamente termo à sua participação no cartel; (3) A empresa fornece as informações com total franqueza e completude, provendo, ao longo da investigação, informações completas e continuadas; (4) a confissão por parte da empresa é um verdadeiro ato empresarial (assumido pela empresa) e não um ato de confissão isolada das pessoas naturais que a integram; (5) sempre que possível, tem a empresa o dever de compensar os lesados pela sua conduta cartelizada; (6) para ser admitida a este programa de clemência, não pode a empresa ter sido a líder ou fundadora do cartel, nem ter coagido as restantes empresas a manter-se nele.

²¹ *Ibid.*, § A.

²² *Ibid.*, § B.

²³ *Ibid.*, § C.

²⁴ Como se disse a propósito da versão originária (v. nota 18), a violação da secção 1 do *Sherman Act* é punida criminalmente pelo 15 U.S.C. §1.

b) Clemência do Tipo B

Total amnistia pode também ser atribuída nos casos em que a empresa requerente não preenche com os requisitos do tipo A. Assim, diremos que o tipo B aplicar-se-á aos casos em que o DoJ já tem informações acerca da existência do cartel, mas essas informações ainda não têm força probatória suficiente para resultar numa condenação dos seus constituintes. Aplicam-se a este tipo de clemência os requisitos 2 a 5 assinalados para o tipo A. Para ser aplicado este modelo, no entanto, é necessário que dois requisitos adicionais (em relação aos que já referimos) estejam preenchidos: (1) a empresa requerente desta modalidade de clemência tem de ser a *primeira* a fazê-lo; (2) da concessão de clemência não resulte uma decisão injusta para com as restantes empresas que integrem o cartel. Esse juízo de prognose será feito pelo DoJ, atendendo especialmente à natureza da atividade ilícita, à importância que as informações fornecidas tiveram para o desenrolar do processo e ao momento em que a empresa apresentou as referidas informações²⁵.

Comum aos dois tipos de clemência, introduziu a reforma de 1993 a ideia de um “sinalizador” ou *marker*. Isto é, nos termos da nova versão, uma vez que o programa de clemência funciona numa lógica de tudo ou nada, a primeira empresa a deitar mão deste mecanismo “reserva um lugar na fila da clemência”. Garante-se, deste modo, que mesmo que outra empresa forneça informações ao DoJ horas depois da primeira se saberá sempre quem foi efetivamente a primeira empresa a socorrer-se do programa.

c) Clemência para diretores, administradores e trabalhadores

A funcionar paralelamente aos tipos A e B de clemência, vigora o tipo C. Isto é, a amnistia concedida aos “diretores, executivos e funcionários²⁶” da empresa que cumpre com os requisitos da clemência do tipo A. Quer isto dizer que, se uma empresa fornecer, em primeiro lugar, informações acerca de um cartel, as pessoas singulares que a constituem serão perdoadas das eventuais ações penais que sejam movidas (a título individual) contra si. Tal perdão depende, em todo o caso, da total e continuada cooperação com o DoJ ao longo do processo de investigação.

25 No momento em que se faz este juízo de prognose, estabelece a lei um conjunto de indicações para facilitar a avaliação do DoJ: 1) se as informações forem fornecidas numa fase inicial da investigação serão mais valoradas, aumentando a possibilidade de redução da pena a aplicar-se; 2) deverá atender-se ao papel da empresa-requerente no cartel.

26 Tradução nossa.

d) A admissibilidade de um acordo de confissão/plea agreement

Terminada esta breve exposição do regime legal do programa de clemência norte-americano, rapidamente nos apercebemos que a lógica americana assenta numa ideia de “tudo ou nada”. Ideia essa que, aliás, tem vindo a ser destacada pelo DoJ²⁷ como uma das maiores valências do programa americano.

Apesar desta regra geral, a verdade é que o sistema norte-americano admite (mas já fora do regime legal de clemência) que as empresas e indivíduos que, apesar de não se qualificarem para a clemência, fornecem informações de relevo e cooperem com a investigação a ser levada a cabo pelo DoJ, beneficiem de uma redução da pena (para as empresas e para os indivíduos que com ele colaborem). Esses benefícios serão atribuídos com base na negociação de um acordo de confissão ou *plea agreement*²⁸ entre o DoJ e as empresas que fornecem essas informações. Em troca das informações recebidas o DoJ emitirá uma recomendação de sentença mais favorável ao tribunal competente que, à partida, seguirá essas recomendações de atenuação na aplicação da sentença²⁹.

2.3. O regime norte-americano vigente: um balanço intercalar

Analisado o seu regime legal, duas notas essenciais se retiram da conceção do programa de clemência norte-americano. Primeira, a imunidade total pode ser atribuída mesmo que já se tenha iniciado a investigação ao cartel. Segunda, que já destacámos, a lógica do programa de clemência funciona numa lógica de tudo ou nada e só pode ser atribuída à primeira empresa que a ela deite mão.

Nestes termos, tem vindo a doutrina a considerar que o sucesso do programa de clemência norte-americano se deve ao facto de funcionar numa lógica de “*carrot and stick*”³⁰. Quer isto dizer que, para convencer as empresas constituintes de um cartel a fazerem uso dos programas de clemência, é necessário que haja a ameaça de, a ser o cartel descoberto, as empresas (e as

27 No relatório da OCDE (2012: 153), destaca o DoJ que com base na sua experiência, uma vez que não há “*honor among thieves*”, e dada as elevadas penas que serão aplicadas se o cartel for descoberto, o modelo de tudo ou nada cria um potentíssimo efeito de destabilização nos cartéis constituídos.

28 Harrington Jr., 2006: 6-7.

29 Cf. OCDE, 2012: 154.

30 Hammond, 2010: 2.

peças singulares) que o constituem sejam severamente punidos pela lei – tanto em penas de multa, como em penas de prisão.

Tem sido, precisamente, este o sentido legislativo³¹ norte-americano nos últimos anos. Se em 1974 a violação do *Sherman Act* constituía crime a ser punido com pena de prisão até três anos, pena de multa de um milhão de dólares para as pessoas coletivas e pena de multa de cem mil dólares para pessoas singulares, hoje³² a lei federal norte-americana pune a violação do *Sherman Act* com pena de prisão até dez anos e penas de multa até cem milhões de dólares para as pessoas coletivas e de um milhão de dólares para as pessoas singulares. Além disso, estabelece também a lei³³ que a pena pode ser dobrada se dos ganhos resultantes das práticas anticoncorrenciais resultarem ganhos superiores a cem milhões de dólares ou se das práticas anticoncorrenciais cartelizadas resultarem prejuízos para os consumidores (globalmente considerados) superiores a cem milhões de dólares.

A doutrina americana³⁴, tem vindo a destacar que o facto de o conluio empresarial sob a forma de cartel constituir, para o seu direito, ilícito criminal é o que torna o “*stick*”, na sua fórmula de “*carrot and stick*”, tão eficaz. E dentro desta criminalização, destaca como sendo o principal efeito de dissuasão a responsabilidade criminal das pessoas singulares que constituem as empresas cartelizadas, sujeitando-as, como vimos, a enfrentar pesadas penas de prisão³⁵.

Além deste poderoso efeito de dissuasão levado a cabo pela criminalização da prática cartelizada, destacam-se como catalisadores para o sucesso do programa de clemência norte-americano o vasto leque de meios de investigação colocados ao dispor das autoridades da concorrência. Afinal de contas, nas palavras de Scott D. Hammond³⁶, “se os administradores das empresas con-

31 Também por uma exigência que tem vindo a ser imposta pelos pedidos de condenação da *Antitrust Division of the Department of Justice* (DoJ), como aponta Hammond (2010: 4-12).

32 Desde 2004 que vigora o ACPERA – *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*.

33 Conforme o United States Code, 18 USC § 3571 (d).

34 Hammond, 2010:11-12.

35 Com Zingales, 2008: 12. Além disso, repare-se que, interessadamente, tem vindo o ordenamento norte-americano a influenciar outros ordenamentos jurídicos do mundo, no sentido de também estes consagrarem a criminalização dos cartéis. Destacam-se os exemplos do Reino Unido e Austrália. Enquanto outros países como a República Checa, Grécia, México, Holanda, Nova Zelândia, Rússia e África do Sul adotaram ou, pelo menos, discutiram, legislação que criminalize estas práticas. Para estes e outros exemplos: Hammond, 2010: 11-12.

36 Hammond, 2010: 13.

siderarem que o risco de serem apanhados pelas autoridades da concorrência é reduzido, então as sanções legais, por si só, não serão suficientes para dissuadir a atividade do cartel”³⁷ e, conseqüentemente, de nada valerá a existência de um programa de clemência como sendo a “*carrot*” numa lógica de “*carrot and stick*”.

Ora, foi precisamente através da contribuição de cada um destes fatores que veio tornar o programa de clemência norte-americano na arma mais eficaz das suas autoridades da concorrência contra a prática cartelizada. Com base nos dados fornecidos pelo DoJ, desde 1996 que cerca de 90% das investigações de cartéis estão de alguma forma relacionadas com os programas de clemência, sendo que da soma de todas as multas aplicadas a empresas participantes de cartéis desde esse ano, já se ultrapassa a cifra de catorze mil milhões de dólares³⁸.

3. A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

3.1. Quadro normativo geral

O direito primário da União Europeia estabelece no art. 101.º do TFUE que *são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas 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 [...]. É com o propósito de garantir a efetividade desta proibição que o legislador comunitário vai construir os programas de clemência da União. Vejamos a sua evolução.*

3.2. Apontamento histórico

a) O Caso Cartão

A primeira evidência da possibilidade de consagração legislativa de um programa de clemência no seio do Direito União Europeia surgiu em 1994, no *Caso Cartão*³⁹, por um dos líderes ter “reconhecido espontaneamente a

37 Tradução nossa.

38 Dados retirados do website do *Department of Justice*: <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>

39 Decisão (CE), de 13 de Julho de 1994 IV/C/33.833 – Cartão, § 175.

infração e ter fornecido à Comissão elementos de prova pormenorizados”, recebendo em troca uma avultada redução da coima que lhe viria a ser aplicada caso não procedesse deste modo.

b) O programa de 1996

É no encaixe do sucesso norte-americano que entra em vigor, em 1996, o primeiro programa de clemência europeu. Divulgado através da “Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas”⁴⁰. Esta primeira versão do programa de clemência consagrava três regimes distintos entre si: a “não aplicação ou a considerável redução muito substancial da coima” (*não automática*) de 75% a 100% – caso a empresa denuncie o cartel antes de a Comissão tomar conhecimento dele ou dispor de elementos significativos⁴¹; uma “redução substancial da coima” de 50 a 75% caso a cooperação se verifique depois de a Comissão já ter iniciado diligências de investigação do cartel⁴²; e uma “redução significativa da coima” de 10% a 50% nos casos em que as empresas não preenchem os requisitos das Secções B e C, mas que, ainda assim, fornecem informação relevante à Comissão ou não contestam a materialidade dos factos em que a Comissão baseia a sua acusação⁴³.

Mas este tratamento favorável reservado para a primeira empresa a manifestar-se junto da Comissão exigia o cumprimento de alguns requisitos: (1) a cessação da infração, (2) a prestação de todas as informações relevantes, (3) a manutenção da cooperação ao longo do processo e (4) a ausência de coação sobre outras empresas ou de papel determinante na infração em causa⁴⁴.

Ainda assim, interessa também atentar nas delimitações feitas pelo regime de clemência de 1996. O seu escopo de aplicação apenas dizia respeito aos “acordos secretos” que têm por objeto a fixação de preços e de quotas de produção ou de venda, a repartição dos mercados ou a proibição das importações ou de exportações. Ou seja, apenas se aplicava aos comumente apelidados *hard-core cartels*. Além disto, outras duas notas devem ser assinaladas: em primeiro lugar, o regime de clemência apenas se aplicava às empresas⁴⁵ (estando

40 Publicado no JO C 207 de 18.7.1996, pp. 4-6

41 *Ibid.*, secção B.

42 *Ibid.*, secção C.

43 *Ibid.*, secção D.

44 *Ibid.*, secção B.

45 *Ibid.*, secção E, § 1. Ao contrário do regime norte-americano, como vimos *supra*.

fora do seu âmbito de aplicação as pessoas singulares que as constituam); em segundo lugar, a clemência apenas poderia ser aplicada a respeito da amnistia de coimas a aplicar pela Comissão, mas não cobria a possível responsabilidade civil que as empresas poderiam incorrer perante lesados⁴⁶.

Apesar destes primeiros passos, tal como aconteceu na versão originária do programa norte-americano, os resultados esperados não se concretizaram em plenitude. A principal causa do insucesso deste primeiro programa prendeu-se com o facto de se tratar de um programa que assentava em critérios essencialmente discricionários, pouco densos, culminando numa não automaticidade de imunidade atribuída à primeira empresa que a ele recorria⁴⁷. Além disso, havendo redução da coima, as empresas não sabiam qual seria a redução com que poderiam contar, só o sabiam no momento em que a Comissão decidisse em definitivo⁴⁸ (nem a atribuição de clemência a título condicional era admitida).

c) O programa de 2002

É no sentido de corrigir estas falhas que a Comissão vem adotar, em 2002, a segunda *leniency note*⁴⁹. Tal como apontam Alison Jones e Brenda Sufrin⁵⁰ a Comunicação de 2002 corrigiu a principal falha apontada à sua predecessora: garantia, efetivamente, a imunidade à primeira empresa que fazia uso do programa de clemência europeu (não obstante os requisitos exigidos pudessem ser considerados apertados para a sua concretização⁵¹). Além disso, é também com a Comunicação de 2002 que a Comissão passa a aceitar as declarações de clemência feitas oralmente, apesar de, com isto, ficarem algumas questões no ar acerca do seu valor probatório⁵². Por outro lado, era

46 *Ibid.*, secção E, § 4. Sobre este ponto, veremos *infra* que a resposta dada pelo Direito hodierno já não é a mesma.

47 Chegam a esta conclusão: Billiet, 2009: 14; Duarte & Faria 2007:103.

48 Destaca esta falha: Motta, 2004: 194.

49 A Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, publicada no JO C45/3 de 19.02.2002, pp. 3 a 5.

50 Jones & Sufrin, 2016: 883.

51 Ver pontos 9 a 11 da Secção A da referida Comunicação.

52 Para mais desenvolvimentos: Van Barlingen & Barennes 2005: 8-10.

clara a vontade de o legislador tornar a nova comunicação mais densa, transparente e previsível⁵³ do que a de 1996.

Apesar do relativo sucesso que a garantia de imunidade trouxe, despoletando uma “corrida para a porta da Comissão”, o legislador europeu considerou que mais poderia ser feito para o melhoramento do programa. Foi neste sentido que se introduziu uma nova alteração em 2006⁵⁴ que pretendia, principalmente, como destaca Wouter Wills⁵⁵, clarificar o limiar da imunidade em termos de informação a fornecer à Comissão e esclarecer os limites do dever de cooperação dos requerentes de clemência.

3.3. A Rede Europeia de Concorrência

Com a aprovação do Regulamento n.º 1/2003⁵⁶, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do TCE, assumia-se como caminho a percorrer um caminho de descentralização na aplicação do direito da concorrência da União Europeia pelas autoridades da concorrência dos Estados-Membros⁵⁷. Ora, corolário lógico desta descentralização, proliferarem-se⁵⁸ os programas de clemência nos Estados-Membros.

Pretendendo uma maior convergência ao nível dos programas de clemência de cada um dos Estados-Membros, foi criada a Rede Europeia de Concorrência, constituída pelas autoridades da concorrência dos vários Estados-Membros. É no seio da Rede Europeia de Concorrência que se cria o

53 Em todo o caso, alguma literatura mais exigente continuava a tecer rasgadas críticas à, ainda, falta de transparência e celeridade do programa de 2002, nomeadamente por não contemplar qualquer figura de um “sinalizador”/marker que vimos ser consagrada pelo programa norte-americano: Joshua: 2007: 515-523.

54 Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298, de 08.12.2006, pp. 17-22.

55 Wills, 2016: 328.

56 Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002, publicado no JO L 1, de 04.01.2003, pp. 1-27.

57 A descentralização da aplicação das normas europeias de concorrência deu-se num contexto de sobrecarga de trabalhos para a Comissão Europeia. Já antes da sua aprovação, vários chamavam à atenção para esta carência. V., v.g. Kunzlik, 2003: 327-329.

58 À data da realização desta investigação existiam 27 programas de clemência na União Europeia. Malta era a única exceção, não obstante já se tenha procedido a uma consulta pública sobre uma proposta de um programa de clemência em 2013. Zingales (2008: 8) justifica a ausência de um programa de clemência no ordenamento jurídico maltês por se tratar de um pequeno país onde os problemas de concorrência não assumem relevo ao ponto de justificar a adoção de um programa de clemência. Ainda sobre este ponto, ver a interessante posição de Simonsson (2010: 306), que defende haver uma obrigação, a assumir pelos Estados-Membros, de consagrarem um programa de clemência nacional por força do princípio da cooperação leal consagrado no n.º 3 do art. 4.º do TFUE.

*ECN Model Leniency Programme*⁵⁹ visando incentivar a existência de preceitos mínimos comuns em todos os programas nacionais, na tentativa de assegurar a aplicação eficaz e coerente das normas de concorrência. Ora, tal como Fernando X. Silveiro⁶⁰ destaca, baseando-se o Reg. n. 1/2003, num sistema de competências paralelas através do qual as autoridades nacionais de concorrência são competentes para aplicar os artigos 101.º e 102.º do Tratado, ao mesmo tempo que a Comissão mantém a sua competência, vários programas de clemência poderão ser aplicados ao mesmo caso, sendo que as empresas que queiram beneficiar da clemência terão de apresentar tantos requerimentos a quantas autoridades da concorrência se considerem competentes para dirimir o caso. Assim, o objetivo do *ECN Model Leniency Programme* é garantir que os potenciais requerentes de clemência não se sintam desencorajados de submeter pedidos por força das discrepâncias entre programas nacionais de clemência no seio da União.

Trata-se, no fundo, num esforço de convergência das regras de clemência previstas nos vários ordenamentos jurídicos da União Europeia⁶¹. Apesar desse esforço, repara-se, as regras estabelecidas pelo Modelo ECN não têm carácter vinculativo⁶², funcionando apenas como indicações sem força jurídica para que os Estados-Membros, na formulação dos seus programas de clemência internos, se tentem compatibilizar ao máximo com a proposta comunitária.

3.4. Regime jurídico atual

Aprovada num momento pós Regulamento n.º 1/2003, as alterações de 2006⁶³, ao contrário das alterações de 2002, viriam a revelar-se um enorme sucesso enquanto instrumento de combate aos cartéis por parte da Comissão, com reflexo nos montantes de coimas aplicadas.

59 Adotado em 29.09.2006.

60 Silveiro, 2012: 258, nota 29.

61 Para entender melhor os esforços legislativos que foram sendo feitos para a convergência dos programas já existentes com o Modelo ECN e, além disso, perceber quais as diferenças que persistem: Franco, 2009: 49-61.

62 O TJUE já se pronunciou neste sentido C-428/14, DHL Express (Italy) e DHL Global Forwarding (Italy) SpA contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, EU:C:2016:27, § 29-40.

63 Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298, de 08.12.2006, pp. 17-22.

Assim, estabelece a Comunicação vigente:

(i) *Imunidade*. A Comissão concederá imunidade à empresa que revele a sua participação num alegado cartel que afete a União, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, na opinião da Comissão lhe permitam efetuar uma inspeção⁶⁴ visando o alegado cartel. Este perdão será apenas concedido, no entanto, desde que, no momento em que o pedido de clemência é apresentado, a Comissão não disponha já de elementos de prova suficientes para adotar uma decisão de efetuar uma inspeção ou já tiver realizado tal inspeção ao alegado cartel⁶⁵.

O requerente de clemência deverá fornecer à Comissão uma declaração de empresa, que pode ser escrita ou oral, e que deve incluir uma descrição detalhada do acordo de cartel, bem como outros elementos de prova relacionados com o alegado cartel, na posse do requerente ou à sua disposição no momento da apresentação do pedido, em especial, qualquer elemento de prova contemporâneo da infração⁶⁶.

Se a nenhuma empresa for concedida imunidade nos termos referidos, a Comissão poderá, alternativamente, garantir imunidade à empresa que revele informações e elementos de prova que permitirão à Comissão detetar a existência de uma infração ao art. 101.º do TFUE, relativamente ao alegado cartel. Só assim será, no entanto, se a empresa requerente de clemência for a primeira e se a Comissão não dispuser, no momento da apresentação do pedido de clemência, de elementos de prova suficientes para verificar a existência *ex officio* de uma infração ao art. 101.º. O requerente de clemência deve fornecer elementos de prova incriminatória contemporâneos do alegado cartel e uma declaração de empresa⁶⁷.

Um número de requisitos adicionais têm, no entanto, de ser preenchidos em ambos os casos para a empresa receber total imunidade: a empresa deve cooperar sincera e plenamente, de forma permanente e expedita, desde o momento da apresentação do pedido e ao longo de todo o procedimento

64 Acerca do grau de certeza das informações prestadas à Comissão pelos requerentes de clemência, ver T-251/12, EGL e Outros c. Comissão, EU: T: 2016:114, § 148-169, estabelecendo o Tribunal que *bastam informações e elementos que permitam razoavelmente suspeitar da existência de uma infração*, não sendo exigível, em contraposição, que as informações apresentadas pelo requerente de clemência sejam indubitavelmente verdadeiras.

65 Pontos 8(a) e 10 da Comunicação 2006/C 298/11.

66 *Ibid.*, ponto 9.

67 *Ibid.*, pontos 8(b) e 11.

administrativo da Comissão; além disso, a empresa tem de pôr termo imediato à sua participação no alegado cartel, exceto se a Comissão considerar que isso possa ser necessário para preservar a integridade das inspeções⁶⁸. Por fim, uma empresa que tenha exercido qualquer coação sobre outras empresas no sentido de estas participarem no cartel ou nele permanecerem não pode beneficiar de imunidade⁶⁹.

(ii) *Redução de coima.* Por sua vez, as empresas que revelem a sua participação num cartel que afete a União, mas que não preencham as condições de atribuição de imunidade, podem ser elegíveis para uma redução da coima. Para tal, deverá a empresa fornecer à Comissão elementos de prova da alegada infração que apresentem um valor acrescentado significativo relativamente aos elementos de prova já na posse da Comissão, desde que se cumpram com os requisitos de cooperação sincera e plena, permanente e expedita que se exigem para os casos de imunidade⁷⁰.

Visando promover uma competição entre os infratores no sentido de obter a maior redução possível, a Comissão criou uma escala de redução em função da ordem de entrada dos pedidos de redução: a primeira empresa que forneça um valor acrescentado significativo beneficiará de uma redução de 30% a 50% da coima que de outra forma seria aplicada. A segunda empresa beneficiará de uma redução de 20% a 30% e as empresas seguintes de uma redução até 20%⁷¹.

O grau de “valor acrescentado” dependerá da forma como os elementos de prova apresentados reforçam, pela sua própria natureza e/ou pelo seu nível de pormenor, a capacidade de a Comissão provar o alegado cartel. Consideram-se mais valiosos os meios de prova escritos que datem do período a que os factos se referem do que os que digam respeito a períodos subsequentes. Consideram-se igualmente mais valiosos os meios de prova que estejam diretamente relacionados com os factos em questão. Por fim, quanto maior

68 *Ibid.*, pontos 12 e 22. Se a empresa não cumprir com estes requisitos adicionais também não será considerada para a redução de coima.

69 Mas nada se diz acerca das empresas líderes ou fundadoras do cartel, como se faz no regime norte-americano. Cremos que tal só poderá tratar-se de um lapso/esquecimento por parte da Comissão Europeia.

70 *Ibid.*, pontos 23 e 24 e nos termos das alíneas a) a c) do ponto 12.

71 *Ibid.*, ponto 26.

for o grau de corroboração por outras fontes, maior será a redução da coima que de outra forma se aplicaria⁷².

Por forma a garantir maior previsibilidade do grau de redução da coima a ser aplicada, a Comissão adotou as “Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003”, numa primeira vez em 1998⁷³, substituindo-as em 2006⁷⁴ pelas atuais orientações.

3.5. O problema do acesso aos documentos e o exercício dos direitos dos lesados

Antes de fazermos um balanço final do programa de clemência europeu, resta-nos analisar, ainda que não dedicando a profundidade que o tema merece, a problemática do acesso aos documentos de clemência por terceiros que pretendam responsabilizar os integrantes do cartel.

O TJUE pronunciou-se sobre a matéria, pela primeira vez, no conhecido Acórdão *Pfleiderer*⁷⁵. Desta decisão resultou que, “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”⁷⁶. Por força disto, estabeleceu o Tribunal de Justiça que devem os tribunais nacionais ponderar o interesse dos lesados no exercício do seu direito a serem indemnizados e o interesse público da defesa da livre concorrência. Essa ponderação, estabelece o Tribunal, deverá ser feita “no respeito do direito da União”⁷⁷, por forma a não “tornar impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da União”⁷⁸ e, em particular, por forma a não colocar em causa “a aplicação efectiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE”⁷⁹. Com base no que foi sendo dito, não é de espantar que

⁷² *Ibid.*, ponto 25.

⁷³ “Orientações da Comissão para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA” – JO C 9 de 14.1.1998.

⁷⁴ Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – JO 210/2 de 01.09.2006

⁷⁵ C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.

⁷⁶ *Ibid.*, § 23.

⁷⁷ *Ibid.*, § 24.

⁷⁸ *Ibid.*, § 24.

⁷⁹ *Ibid.*, § 24.

tal decisão tenha sido alvo de críticas por parte da doutrina⁸⁰. Acusada de ser geradora de insegurança jurídica, por assentar essencialmente numa base casuística, destacou a literatura que o principal erro desta decisão judicial se prendeu com o facto de implicar que as empresas utilizadoras de um programa de clemência não soubessem, à partida, se as informações autoincriminatórias fornecidas à autoridade da concorrência poderiam, posteriormente, ser cedidas a terceiros para as responsabilizarem civilmente pelos danos criados durante a prática cartelizada⁸¹.

Seguida desta decisão, uma outra decisão, para alguns ainda mais polémica, veio a ser tomada pelo TJUE no Ac. *Donau Chemie*⁸². Vigorava, à data, uma disposição legal austríaca que fazia depender o acesso aos documentos de clemência, por parte de terceiros que pretendessem responsabilizar a empresa requerente de clemência, do mero consentimento das partes. Ora, o TJUE veio considerar que tal solução legislativa se assumia como incompatível com o princípio da efetividade, precluindo-a por não ser deixada “nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença [...] aos órgãos jurisdicionais nacionais”⁸³.

Ora, como destaca Kowalik-Bańczyk⁸⁴, o TJUE veio dar continuidade à jurisprudência por si fixada no Ac. *Pfleiderer*, na contenda entre o interesse público da proteção da livre concorrência e a efetivação judicial dos direitos dos lesados, continuando a dar primazia a esta e não àquela.

Apesar disso, e no que à Comissão Europeia diz respeito, vigoravam já regras (auto-vinculativas) que vinham assumindo uma posição distinta daquela que fora tomada pelo TJUE nos dois casos referidos. Nos termos do ponto 26 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE⁸⁵, estabelece-se que: “a Comissão não transmitirá aos tribunais nacionais informações apresentadas voluntariamente por

80 São vários os autores que tecem críticas à decisão jurisprudencial, destacando-se: Kowalik-Bańczyk, 2017: 175; Geradin, Layne-Farrar & Petit 2012: § 6.111. Entre nós, Pais, 2012: 3-11.

81 Para algumas reflexões sobre o alcance do Ac. *Pfleiderer*, nomeadamente quanto ao impacto nas decisões de divulgação tomadas por tribunais não pertencentes à UE: Cauffman, 2011: 611-614.

82 C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG, ECLI:EU:C:2013:366.

83 *Ibid.*, § 49.

84 Kowalik-Bańczyk, 2017: 176.

85 Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, de 27-04-2004, JO C 101/54, ponto 26.

um requerente de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante sem a anuência do mesmo”. Além disso, também no ponto 40 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência⁸⁶: “Sem prejuízo do disposto no ponto 41, as informações voluntariamente apresentadas por um requerente do programa de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante apenas serão transmitidas a outro membro da rede nos termos do artigo 12.º do Regulamento do Conselho com o consentimento do requerente”. Apesar disto, como bem sabemos, estas comunicações não têm carácter vinculativo, pelo que não era certo que os Estados-Membros seguissem este padrão estabelecido pela Comissão⁸⁷.

Não obstante, e no que diz exclusivamente respeito ao acesso às declarações de clemência, a Diretiva 2014/104/UE⁸⁸ veio introduzir uma importante exceção ao princípio da livre divulgação dos elementos de prova⁸⁹, no seu art. 6.º: “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 declarações de clemência⁹⁰. Esta “*black list*”⁹¹ tem como objetivo assegurar o *public enforcement* do direito europeu da concorrência. Além disso, estabelece também o n.º 7 do art. 6.º da referida Diretiva que “[...] o tribunal nacional não pode em nenhuma circunstância permitir o acesso de outras partes ou de terceiros a esses elementos de prova.”

Garantiu-se, desta forma, o efetivo funcionamento e atratividade dos programas de clemência em face da possibilidade de as declarações feitas no seu contexto poderem ser utilizadas para responsabilizar as empresas utilizadas nestes programas.

86 Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, de 27-04-2004, JO C 101/43, ponto 40.

87 Como chama a atenção Kowalik-Bańczyk, 2017: 177.

88 Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, JO L 349, pp. 1 a 19.

89 *Ibid.*, art. 5.º

90 *Ibid.* al. a), do n.º 6 do art. 6.º

91 Como lhe chama Kowalik-Bańczyk, 2017: 180.

3.6. O regime europeu vigente: um balanço intercalar.

Tendo em conta tudo o que foi dito, é notório o amadurecimento do programa de clemência europeu. Daqui se destaca, essencialmente, que o atual programa de clemência garante um processo transparente e juridicamente estabilizado, deixando para trás a insegurança jurídica que marcavam as versões antecessoras. Além disso, tendo em conta a articulação do Modelo ECN (e, conseqüentemente, dos programas nacionais) com o programa europeu, é clara a progressiva harmonização entre os vários programas de clemência europeus, facilitando, em muito, as tarefas das empresas que solicitem clemência em simultâneo junto de múltiplas autoridades nacionais de concorrência ou da Comissão⁹². Por fim, também com a aprovação da Diretiva 2014/104/UE, os riscos de desincentivo que pairavam por sobre o recurso aos programas de clemência em face das ações intentadas por lesados, esvaneceram-se.

4. CAMINHO PARA UM POSSÍVEL REGIME UNITÁRIO?

Visto os programas de clemência que nos propusemos a estudar, cabe agora responder à questão: estarão os programas norte-americano e europeu a convergir entre si?

Fomos vendo que a experiência europeia, também por ser a mais recente, foi corrigindo as suas falhas e tentando aproximar-se mais da segurança jurídica e transparência que já vinha sendo garantida pela sua homóloga norte-americana⁹³. Apesar dessa aproximação, diferenças importantes se vão destacando entre os dois programas. Uma primeira, consagrada no programa norte-americano, que tem que ver com a obrigação de a empresa compensar os lesados pela sua conduta cartelizada⁹⁴. Tal obrigação não existe, como se viu, no programa europeu. Ora, seguindo de perto Nicolos Zingales⁹⁵, entendemos que a consagração de tal obrigação no programa europeu se mostraria de extrema vantagem para compensar os lesados pela conduta

92 Chegam a estas conclusões Moura e Silva, 2018: 365-366; Silveiro, 2012: 258-259.

93 Autores como Zingales (2008: 56), entendem que, não obstante os passos que foram sendo dados pela Comissão sejam os mais acertados, não foram suficientes para resolver de vez a “sensação de incerteza” que já vem sendo apontada desde o modelo de 2002 (v., também, nota 54).

94 Ver ponto 5 do parágrafo A da Corporate Leniency Policy, emitida pelo DoJ a 10 de agosto de 1993.

95 Zingales, 2008: 56-57.

ilícita da empresa, contribuindo, além disso, para baixar o número de ações suscitadas em contexto de *private enforcement* contra estas empresas⁹⁶.

Em primeiro lugar, e na linha de pensamento do referido autor, com a exigência de idêntico requisito obrigar-se-iam as empresas que quisessem socorrer-se da clemência a reestabelecer as situações afetadas pela sua conduta cartelizada ao momento anterior dos atos que prejudicaram a concorrência e os consumidores. Também é nossa opinião que a adoção de tal requisito seria coincidente com os objetivos de defesa e proteção dos consumidores que, aliás, têm vindo a ser propugnados pela Comissão Europeia. Em todo o caso, reconhecemos que tal revisão não tomará lugar, à partida, nas próximas revisões à *leniency note*. Tal como destaca Nicolos Zingales⁹⁷, passar-se-ia a colocar a sílaba tónica nos efeitos de dissuasão e não, como vinha sendo feito, no objetivo de deteção⁹⁸.

Outra profunda diferença se destaca entre os dois programas. Como se viu, nos Estados Unidos a proteção da concorrência e defesa dos consumidores ascende ao estatuto de bem jurídico-penal. Assim, todas as condutas em cartel que a afetem serão tratadas como condutas penalmente sancionadas, funcionando a clemência como um verdadeiro sistema de delação premiada. Tal tratamento jurídico não se verifica na União Europeia, não obstante o nosso programa seja de inspiração norte-americana. Entre nós, assume-se a punibilidade de tais condutas pela vertente administrativa e não criminal. Apesar disso, desde cedo vários Estados-Membros⁹⁹, nos seus ordenamentos jurídicos internos, seguiram de perto as soluções americanas, criminalizando os cartéis e, também, responsabilizando criminalmente os diretores e executivos das empresas que neles participem.

Identificamos, como outros¹⁰⁰ fazem, que a causa deste tratamento jurídico diferenciado se prende, sobretudo, com razões de tradição e cultura

96 Que, com a aprovação da Diretiva 2014/104/UE, ficou ainda mais difícil de se conseguir exercer, uma vez que este diploma restringiu (em muito) o acesso e a utilização como meio de prova das declarações de clemência em contexto de *private enforcement*.

97 Zingales, 2008: 57.

98 Objetivo este que, parece-nos, ficaria sobejamente afetado porque o programa de clemência perderia atratividade e vantagens.

99 Veja-se, desde logo, o exemplo da República da Irlanda (assim estabelecido no Competition Act de 2002, tendo sido entretanto atualizado em 2017). Também no Reino Unido o combate à colusão empresarial ascende ao estatuto de bem jurídico-penal (de acordo com o preceituado no Competition Act de 1998 e Enterprise Act de 2002). Também na Grécia se introduziram sanções penais (v. art. 11.º da Lei 3959/2011).

100 Marques, 2019: 283 e ss.

jurídica experienciadas de forma distinta nas duas costas do Atlântico. Nos Estados Unidos, desde os primórdios das suas normas, que alguma doutrina vem dizendo que a criminalização surgiu¹⁰¹ (e persistiu) como uma mera forma de resposta a ser dada à insatisfação da população com a leviandade (ou inexistência) das sanções a aplicar-se aos cartéis¹⁰². Intimamente associada a esta natureza populista do reforço das sanções, o gládio aos cartéis assume, nos Estados Unidos, uma dimensão moral muito destacada¹⁰³ (que não se consegue identificar em qualquer outra parte do mundo). No contexto europeu, por outro lado, desde cedo se identificou a proteção da concorrência como um objetivo a ser prosseguido para se atingir, em último momento, a integração europeia. Ao mesmo tempo, a atividade dos cartéis sempre foi tendencialmente vista pelo público como um problema de “regulação” que estaria sujeito a meros remédios administrativos¹⁰⁴. Não existe no espaço europeu, como existe no norte-americano, a necessidade moral de punir os crimes de colarinho branco.

Em suma, a progressiva integração entre os dois sistemas apresenta-se difícil e, ainda, distante. Razões de tradição jurídica, enfoque do programa de clemência (estando o norte-americano a privilegiar, sobretudo, os efeitos de dissuasão ao passo que o europeu favorece os efeitos de deteção) e grau de proteção jurídica da livre concorrência e dos interesses dos consumidores, poderão justificar o diferente tratamento jurídico dado pelos dois ordenamentos¹⁰⁵.

5. NOTAS FINAIS

Aqui chegados, cumpre agora discorrer algumas palavras dedicadas às reflexões que retirámos da realização deste estudo de direito comparado. Em primeiro lugar, parece-nos que, apesar das críticas que alguns autores¹⁰⁶ vão fazendo,

101 Marques, 2019: 34 *apud* Baker, 2012: 8

102 Além da tensão social inicial anti *trust* geradora dos Sherman Act e Clayton Act, foram de novo tensões sociais que conduziram à revisão do Sherman Act de 1974 e, já em 2004, que levaram à aprovação do ACPE-RA – *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*. V. os exemplos dados por Marques, 2019: p. 37 e Baker, 2012: p. 3

103 Baker, 2011: 303-304.

104 Baker, 2011: 303-304.

105 A idênticas conclusões chega Zingales, 2008: 57.

106 Geradin, Layne-Farrar & Petit, (2012: § 6.108 e ss.) entendem que os programas de clemência são verdadeiras “bombas relógio” para o trabalho da Comissão, uma vez que esta pode não ter recursos adminis-

é inegável o contributo que os programas de clemência introduziram na deteção e desmantelamento dos cartéis. Apesar destas vantagens, no entanto, não deixamos de demonstrar preocupação com o facto de as autoridades da concorrência dependerem quase exclusivamente dos programas de clemência no combate às práticas cartelizadas. Entendemos, para estes efeitos, que não obstante a sua importância, os programas de clemência não deverão ser mais do que mecanismos auxiliares do *public enforcement* do direito da concorrência, não devendo, por isso, substituir a atividade investigativa que deve ser prosseguida *ex officio* pelas autoridades da concorrência.

Quanto à evolução dos dois regimes que fomos estudando, parece-nos que o programa norte-americano continua a estar numa melhor posição do que o seu homólogo europeu. Para tal, contribuem um conjunto de fatores: em primeiro lugar, o facto de o programa americano se focar muito mais na dissuasão e não na deteção dos cartéis (para tal bastará que nos relembremos das elevadas penas de multa e, principalmente, das pesadas penas de prisão que podem ser aplicadas às pessoas singulares que integrem empresas em cartel). Assim, dentro de este enfoque na dissuasão por sobre a deteção, destacamos como a principal vantagem do programa-norte americano o facto de haver responsabilidade criminal e, principalmente, o facto de essa responsabilidade criminal poder ser aplicada às pessoas singulares. Estamos crentes que a responsabilidade individual pode dissuadir com maior efetividade os participantes em cartéis do que a mera responsabilidade coletiva da empresa¹⁰⁷.

Apesar desta asserção, somos igualmente capazes de reconhecer a dificuldade que será fazer passar o bem jurídico “concorrência” pelos crivos cumulativos da dignidade penal, da necessidade ou carência de tutela penal, e da natureza subsidiária desta enquanto *ultima ratio*¹⁰⁸. Tal caminho pode, naturalmente, apresentar-se difícil. Desde logo, aponta-se um “argumento moral” e um “argumento utilitarista”: quanto ao primeiro, vai-se dizendo que as violações à concorrência não se apresentarão suficientemente “imorais”

trativos/humanos suficientes para dar resposta à quantidade de pedidos apresentados. Além disso, dizem também os autores que a total dependência nos programas de clemência, como tem vindo a ser feito, pode transmitir sinais de que a Comissão deixou de investigar *ex officio* os cartéis, resultando, deste modo, em consequências contrárias àquelas que se pretendem prosseguir com a clemência. Chamada de atenção, esta última, que acompanhamos de perto.

107 Veja-se, para este efeito, a experiência de Baker (2011:306), enquanto diretor da Antitrust Division do DoJ: “*The cartel conspirators to whom I have been exposed never seem to have worried about the corporate shareholders being socked with large fines and civil damages as a result of their activities. Rather, to the extent that they have worried, their concerned has been about being exposed and punished themselves.*”

108 Como aponta a doutrina penal dominante: Figueiredo Dias, 2004: 120-121.

à luz dos valores comunitariamente partilhados para serem objeto de criminalização, e ao segundo o entendimento de que a criminalização poderá dificultar a aplicação da defesa da concorrência¹⁰⁹.

Não obstante estas dificuldades, subscrevemos o entendimento de que, de *jure condendo*, a responsabilidade criminal (principalmente individual) continuará a ser o melhor mecanismo de dissuasão no combate aos cartéis. A ele aliado, um programa de clemência que preveja o perdão dessa responsabilidade criminal, culminaria num mecanismo muito mais eficaz do que o que hoje vigora. Apesar desta nossa posição, temos perfeita consciência de que a atribuição de prerrogativas penais à Comissão Europeia implicaria profundas reformas do direito (originário) da União Europeia. Ora, atentando ao atual contexto de euroceticismo e de desconfiança em relação às instituições europeias, sabemos-lo, muito dificilmente vivenciaremos este tipo de reformas estruturais no direito europeu da concorrência.

Outra grande vantagem que se destaca do programa norte-americano é o facto de este funcionar numa fórmula de tudo ou nada. Só assim, entendemos, se pode criar uma *verdadeira* “corrida à porta da Comissão” e desmantelar, com efetividade, cartéis. Também aqui remetemos, tal como na primeira hipótese, a nossa esperança de que, *de jure condendo*, semelhantes reformas venham a ser tomadas.

BIBLIOGRAFIA

BAKER, Donald

2011 “Why is the United States so different from the rest of the world in imposing serious criminal sanctions on individual cartel participants?”, in *The Sedona Conference Journal*, vol. 12, pp. 303-306.

2012 *Deterring Cartels – The Criminalization Dimension*, apud, MARQUES, Nuno Castro, (2019), in *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência*, Porto: Universidade Católica Editora.

BILLIET, Philippe

2009 “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, in *European Competition Law Review*, vol. 30, p. 14.

BOTELHO MONIZ, Carlos & *et. al.*

2016 *Lei da Concorrência Anotada -*, 1.ª Ed. Coimbra: Almedina.

109 Reflexões feitas por Wagner-Von Papp, 2016: 21-23.

CAUFFMAN, Caroline

2011 “Access to Leniency-Related Documents after *Pfleiderer*”, in *World Competition* 34, n.º 4, pp. 611-614.

CHAPUT, Yves

2005 “Philosophie des programmes de clémence et de transaction”, in *Clemence et transaction en matière de concurrence – Premières expériences et interrogations de la pratique*, *Gazette du Palais* n.º 287 e 288, pp. 19-28.

DESBROSSE, Pierre

2010 “Les Programmes de Clémence à L'Épreuve de la Globalisation des Marchés”, in *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 2, pp. 217-219.

DUARTE, Joaquim Caimoto & FARIA, Tânia Luísa

2007 “O Regime de Clemência por infração às normas de concorrência em Portugal. Implementação e perspectivas.”, in *Actualidad Jurídica Uría Menendez*, n.º 16, p. 103.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2004 *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime.*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

FRANCO, Olivia

2009 “Quelle convergence des programmes nationaux de clémence? – L'exemple des programmes français, britannique, allemand, italien et espagnol”, in *Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence* – n.º 3, pp. 49-61.

GERADIN, Damien & LAYNE-FARRAR, Anne & PETIT, Nicolas

2012 *Eu Competition Law and Economics*, 1.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

GHOSAL, Vivek & SOKOL, D. Daniel

2014 “The Evolution of U.S. Cartel Enforcement”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 57, pp. 5-7.

HAMMOND, Scott D.

2010 “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”, *The 24th Annual National Institute on White Collar Crime*, disponível em <https://www.justice.gov/atr/file/518241/download> [consultado em 18.02.2020].

HARRINGTON Jr, Joseph

2006 *Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion* – escrito para o *International Symposium on “Towards an Effective Implementation on New Competition Policy”*, disponível em

- <https://joeharrington5201922.github.io/pdf/Tokyo.pdf> [consultado em 18.02.2020].
- HOVENKAMP, Herbert
2015 *Federal Antitrust Policy – The Laws of Competition and its Practice*, 5.^a ed., St. Paul (MN), EUA: West Academic Publishing.
- JONES, Alison & SUFRIN, Brenda
2016 *EU Competition Law: Texts, Cases, and Materials –*, 6.^a Ed., Oxford: Oxford University Press.
- JOSHUA, Julian M.
2007 “That Uncertain Feeling: The Commission’s 2002 Leniency Notice” in Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006, Enforcement of Prohibition of Cartels*, Portland (OR), EUA: Hart Publishing, pp. 511-542.
- KOWALIK-BAŃCZYK, Krystyna
2017 “Access to leniency documents and actions for damages – an uneasy match”, in *Market and Competition Law Review*, vol. 1, n.º 1, pp. 175-180.
- KUNZLIK, Peter F.
2003 “Globalization and hybridization in antitrust enforcement: European “borrowings” from the US approach”, in *The Antitrust Bulletin, Summer*, pp. 327-329.
- LÉVÊQUE, François
2006 “L’efficacité multiforme des programmes de clémence”, in *Concurrences*” in *Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 34-36.
- MARQUES, Nuno Castro
2019 *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência*, 1.^a ed., Porto: Universidade Católica Editora.
- MONTI, Mario
2000 “Fighting Cartels – Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?” – discurso de abertura da 3rd Nordic Competition Policy Conference, https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH_00_29, [consultado em 18.02.20].
- MOREIRA, Teresa
2007 “O Novo Instituto da Clemência – a dispensa e a atenuação especial da coima aplicável a práticas restritivas da concorrência”, in *Sub Judice*, n.º 40, pp. 79-81.
- MOTTA, Massimo
2004 *Competition Policy, Theory and Practice –* 1.^a Ed., Estados Unidos da América: Cambridge University Press.

MOURA e SILVA, Miguel

2018 *Direito da Concorrência* –, 2.^a Ed.: Lisboa: AAFDL Editora.

OCDE

2012 *Policy Roundtables: Leniency for Subsequent Applicants* – Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, de Outubro de 2012.

PAIS, Sofia Oliveira

2012 “Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso?”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37, pp. 3-11.

SILVEIRO, Fernando Xarepe

2012 “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 10, pp. 251-281.

SIMONSSON, Ingeborg

2010 *Legitimacy in EU Cartel Control* –, 1.^a ed., Portland (OR), Estados Unidos da América: Hart Publishing.

SMITH, Adam

1987 *Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. Vol. I., tradução e notas de Teodora Cardoso & Luís Cristóvão de Aguiar, 2.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

SOUTY, François

2006 “Les défis de la mondialisation pour les pays développés en matière de concurrence”, in *Revue Economique et Sociale*, n.º 1, p. 29.

VAN BARLINGEN, Bertus & BARENNE, Marc

2005 “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in practice”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 3, pp. 8-10.

WAGNER-VON PAPP, Florian

2016 “Introduction – Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges”, in *Concurrences, Revue des droit de la concurrence*, n.º 2, pp. 21-23.

WILLS, Wouter P. J.

2016 “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years”, in *World Competition*, Vol. 39, n.º 3, p. 328.

ZINGALES, Nicolos

2008 “European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?”, in *The Competition Law Review*, vol. 1, pp. 1-57.