

Economic Analysis of Law Review

Markers de Leniência no CADE: Natureza, Regime Jurídico e Efeitos

Leniency markers in the Brazilian antitrust authority: nature, legal regime and effects

Egon Bockmann Moreira¹
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

RESUMO

Os acordos de leniência celebrados com o CADE podem ter início com propostas incompletas de pessoas interessadas. Nestes casos, a Superintendência-Geral pode praticar o ato administrativo conhecido como *marker*, antecipando os efeitos subjetivos e subjetivos de uma proposta completa. O artigo analisa os pressupostos jurídicos do *marker* e suas consequências diante do interessado, do CADE e de terceiros.

Palavras-chave: CADE. Acordos de Leniência. *Markers*. Discrecionabilidade. Direito Administrativo.

JEL: K21

ABSTRACT

The Brazilian antitrust leniency agreements may start with incomplete proposals. In these cases, the General Superintendence of CADE can practice the administrative act known as "*marker*", anticipating the subjective and subjective effects of a complete proposal. The article analyzes the legal assumptions of the *marker* and its consequences before the interested party, CADE and third parties.

Keywords: Antitrust authority. Leniency. *Markers*. Administrative discretion. Administrative Law.

R: 06/04/2021 **A:** 10/06/2021 **P:** 31/08/2021

¹ E-mail: egon@xvbm.com.br

1. Introdução

Os acordos de leniência têm como pressuposto existencial a assimetria de informações entre as partes, que inibe a perspectiva de punição unilateral e instala a possibilidade da negociação. A sanção passa a ser modulada de acordo com o volume e a qualidade dos dados fornecidos pelo colaborador à autoridade antitruste.

Porém, mesmo depois de instalada a negociação, o leniente não sabe, de antemão, o volume e as características dos fatos de conhecimento da autoridade pública; muito menos se o que deseja revelar pode (ou não) prender a atenção dela. Tampouco a autoridade pública tem conhecimento do que será revelado (e em que momento o será). Há vagas impressões de que poderá ser celebrado um acordo com lastro nessas revelações, criadoras de inédito cenário de vantagens recíprocas e correspondente eficiência na detecção de ilícitos e aplicação de sanções.

Certo é que ambas as partes possuem o interesse comum de negociar, combinado com os interesses contrapostos que são o objeto mediato da negociação: uma, de obter informações geradoras de eficiência na persecução de ilícitos; outra, de garantir a não-punição (ou sua atenuação). Com base nesses interesses (a colheita de dados importantes em contrapartida à brandura das sanções), as partes abdicam da posição de confronto e, no lugar dela, colaboram processualmente por meio da negociação.

Ocorre que nada disso é fácil ou instantâneo. A depender da perspectiva desta ou daquela parte, a negociação pode durar meses ou anos. Para que isso seja desenvolvido com confiança, se faz necessária a celebração de pacto preliminar, provisório, oficializador do desejo de negociar de boa-fé. Essa garantia institucional de respeito ao processo negocial pode assumir variadas formas e efeitos, a depender da respectiva legislação.

No caso brasileiro do sistema de defesa da concorrência, a negociação de acordos de leniência se dá apenas com um colaborador por vez. Quando não dispõe de todas as informações necessárias e suficientes, ele recebe um atestado vulgarmente chamado de *marker*: a senha que lhe assegura ser o único colaborador e fecha o local prioritário. Se alguém chegar depois, abrirá a fila de espera e nada poderá revelar. Logo, o ato que concede o *marker* tem significativa relevância jurídica para todo o processo de negociação do acordo de leniência.

Este artigo pretende investigar a natureza, o regime e os efeitos jurídicos do *marker*. Afinal, o que esse anglicismo significa no sistema jurídico brasileiro?

2. Ponto de Partida: O Regime Jurídico no CADE

A Lei 12.529/2011 define específico status normativo para o CADE: regime jurídico autárquico. Dentre as competências detidas por essa “pessoa de direito público exclusivamente administrativa”² para o exercício da função que a lei lhe atribuiu, está a de celebrar acordos de leniência (antecedidos – ou não – de atos administrativos batizados de *markers*).

Autarquia que é, as manifestações do CADE que gerem efeitos perante terceiros sempre serão atos administrativos (materiais e processuais), que se subsumem ao conceito lavrado por Marçal Justen Filho: “manifestação de vontade apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Ed. RT, 1967, p. 226.

de função administrativa”³. São representações volitivas da autoridade pública que exteriorizam efeitos jurídico-administrativos a ser observados por uma ou mais pessoas submetidas às competências do CADE.

Bem vistas as coisas, apesar dos apelidos que a prática concede às manifestações do CADE, todas são subespécies do grande gênero “ato administrativo”. A atividade da autarquia, inclusive e especialmente em face das pessoas privadas, é exteriorizada por meio dessa ordem de atos jurídicos (gerais e abstratos, como os regulamentos; específicos e concretos, como as declarações, atestados, acordos e julgamentos administrativos).

Muito embora não tenha natureza idêntica, o status normativo do CADE subsume-se à compreensão do STF para as autoridades reguladoras independentes, consolidado desde o julgamento inaugural sobre o tema na ADI 1.668, em que o Min. Sepúlveda Pertence deixou consignado que “nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação” (ADI 1.668 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16/04/2004). Ou, conforme sintetizou o Min. Edson Fachin em seu voto na ADI 5.501: “A constituição de agência própria para realizar as atribuições de controle é, nessa perspectiva, faculdade do legislador, ou, como prefere parcela expressiva da doutrina nacional, a legitimidade da atuação regulatória deve ser exercida *intra legem*.” (ADI 5.501 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/05/2016).

Por conseguinte, e nada obstante sua capacidade técnica e reputação institucional, fato é que as competências sob sua responsabilidade são subordinadas à legislação em vigor (inclusive quanto à perfeição, validade e eficácia de seus atos). Todos os atos das autoridades integrantes do CADE devem obediência à legalidade, *intra legem* que são.

Em decorrência disso, os atos administrativos praticados pelo CADE não só submetem as pessoas privadas (nelas instalando o dever de respeito e obediência), mas igualmente criam a legítima expectativa de que os efeitos neles estampados terão eficácia jurídica. Geram legítima confiança jurídica, portanto.

3. O Regime Jurídico do *Marker* de Leniência

Dentre as competências legislativamente atribuídas ao CADE está a de celebrar acordos de leniência (Lei 12.529/2011, art. 86)⁴, com vistas a “detectar, investigar e punir infrações contra a

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 293. Ampliar em: CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, pp. 104-105; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, **Curso de Direito Administrativo**, 7ª ed., São Paulo: Método, 2019, p. 309.

⁴ Que também são atos administrativos, subordinando-se à categoria dos “atos administrativos negociais” (essa é a sua natureza jurídica). A esse respeito, v. Hely Lopes Meirelles (“Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais”, **Revista de Direito Administrativo – RDA** 158/15-19. Rio de Janeiro: FGV, jan. 1984. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44264/43099>>. Acesso em: 12/03/2021); Egon Bockmann Moreira (“Atos administrativos negociais”, in A. Wald; M. Justen Filho; C. A. Pereira (orgs.), **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 363-371); Egon Bockmann Moreira e Andreia Cristina Bagatin (“Lei anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos”, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE** 47/55-84. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2014).

ordem econômica” (Regimento Interno do CADE – RICADE, art. 196, inc. I)⁵. A finalidade de tais pactos é a de possibilitar a descoberta de infrações, a fim de puni-las e inibir condutas análogas.

Ocorre que a legislação brasileira dos acordos de leniência concorrenciais possui especificidades, dentre as quais está a configuração individual da legitimidade ativa do colaborador: ou só o sujeito que forneceu, de pronto e imediatamente, todas as informações necessárias e suficientes à proposta (eis que estava “de posse de todas as informações e documentos necessários para formalizar uma proposta de acordo de leniência” – RICADE, art. 198); ou apenas daquele agente econômico que não possuía todas as informações e documentos, mas traz fatos e dados verossimilhantes e obtém a primeira senha de marcação (*marker*).

Isso porque o art. 86, § 1º, inc. I, da Lei 12.529/2011 trata de negociação exclusiva com “a primeira [empresa] a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação”. Isto é, apenas aquela que seja institucionalmente declarada como possuidora das características iniciais necessárias à futura celebração da leniência. Para dar início ao processo de colaboração premiada é imprescindível que essa qualificação seja formal e, assim, habilite a sociedade empresarial (ou a pessoa física), transformando-a juridicamente de interessada na única proponente oficial do futuro acordo. O que se dá por meio de ato de competência privativa da Superintendência-Geral do CADE (RICADE, art. 198), que atesta esse título jurídico.

O *marker*, portanto, é ato administrativo típico a ser praticado pelo CADE só em determinadas circunstâncias, o qual gera os respectivos efeitos de direito – tanto em face do particular colaborador como frente à própria autoridade pública e terceiros. Ele parametriza as futuras condutas das partes, eis que relata as circunstâncias, objetivas e subjetivas, em que o futuro e eventual acordo será celebrado. Por meio dele, o interessado torna-se habilitado a debater a proposta de acordo com o CADE. Igualmente, ele é a condição, necessária e suficiente, ao diálogo público-privado a propósito dos ilícitos concorrenciais em tese cometidos.

O seu objetivo é o de possibilitar a colaboração, assegurando a confiabilidade do processo de leniência (e também àqueles processos punitivos a que a ele se seguirão). Durante toda a validade desse ato administrativo, as negociações só podem se desenvolver com um único participante da suposta conduta infracional. Não há alternativas diante dessa ordem normativa, eis que são vedados os *markers* sobrepostos. Ao conceder tal senha de acesso à leniência, a autoridade administrativa antecipa parcialmente, em termos objetivos e subjetivos, os efeitos do futuro acordo. Por isso que mais ninguém poderá ser acolhido pela autoridade concorrential, em vista do mesmo mercado e dos mesmos fatos.

Pelo amor à argumentação, anote-se que apenas e tão-somente se aquele que propusesse a nova oferta de provas conseguisse fazer o prévio, efetivo e preciso distinguishing – a técnica de distinção, comprovada e expressa, entre o processo investigatório em desenvolvimento e a nova oferta – é que se poderia cogitar da concessão de *marker* não-sobreposto em situações assemelhadas e/ou equivalentes.

A condicionante seria, portanto, a prova, incontestável e prévia, da efetiva não-sobreposição. Todavia, isso é juridicamente impossível – chegando às raias da ilicitude penal (Lei 12.529/2011, art. 86, § 9º; RICADE, art. 200, §§ 1º e 2º; CP, art. 325; Lei 12.527/2011, art. 25). Afinal de contas, só se pode fazer o cotejo entre os *markers* e respectiva comprovação da diferença

⁵ Este artigo tem por base a versão do RICADE disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/regimento-interno-cade-2020.pdf>. Acesso em 15/02/2021.

específica caso se conheça o conteúdo do primeiro e se consiga, analiticamente, compará-los para demonstrar a efetiva e excepcional distinção. O que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Cumpra analisar em minúcias as premissas e consequências dessa prescrição legal, em vista da riqueza de suas razões e seus efeitos jurídicos.

4. As Razões e os Efeitos Jurídicos do *Marker* de Leniência

Existem duas formas jurídicas, integradas entre si, de compreendermos a juridicidade do *marker* atribuído pela autoridade concorrencial àqueles que com ela pretendem colaborar. Esse estudo corresponde, ao fim e ao cabo, do que se espera de uma proposta de leniência (e do acordo em si). O *marker* não pode ser compreendido fora dessa cadeia de atos e fatos inerentes à negociação. Por um lado, podemos analisá-lo sob a luz do princípio da eficiência (e até da teoria dos jogos⁶), da moralidade e da boa-fé. Por outro, que aqui mais importa, sob o princípio da legalidade em sentido estrito.

Examinemos ambas as perspectivas.

A razão de eficiência administrativa para se conferir senhas em acordos de leniência – e não os celebrar de imediato – está na natural e recíproca assimetria de informações entre a parte interessada e a autoridade pública.

O potencial leniente afirma possuir dados os quais a autoridade administrativa não dispõe (e nem conseguiria sem a colaboração privada). Traz indícios, narra fatos, apresenta documentação parcial – tudo revestido de intensa verossimilhança. Porém, para levantar e fornecer todas as informações precisa de tempo e, mais do que isso, de garantias. Necessita estar seguro de que as regras, legais e regulamentares, serão atendidas à perfeição. Que as suas informações serão levadas a sério e que não se prestarão a beneficiar terceiros. Ao seu tempo, a pessoa pública desconhece a quantidade e a qualidade das informações detidas pelo proponente, bem como sua eventual utilidade. Ela precisa, portanto, examinar os dados e submetê-los a testes.

Daí a imperiosidade de ser instalado processo administrativo colaborativo e sigiloso. Será o relacionamento entre ambos – colaborador e CADE –, desenvolvido ao longo do tempo de vigência do *marker*, que permitirá ao agente econômico levantar todas as informações julgadas necessárias e suficientes por parte da autoridade da concorrência. Esta, ao seu tempo, tomará conhecimento de fatos e provas que lhe eram inéditos – e os avaliará. Caso tais informações sejam consistentes, poderá ser levada em conta a proposta de acordo (e o pacto em si mesmo). Mas, se forem imprestáveis, deverão ser devolvidas e submetidas à amnésia da autoridade pública, que

⁶ Sob esse prisma, as referências são amplas quanto à eficiência dos acordos de leniência. Por exemplo: Fernanda Mariana da Silva Lima; Lucia Helena Salgado e Eduardo Pedral Sampaio Fiuza, “Leniency and cooperation programs in Brazil: an empirical analysis from 1994 to 2014” (**Revista de Economia Contemporânea** 23(2). Rio de Janeiro: UFRJ, agosto de 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200204&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15/02/2021); Lucas Campio Pinha, “Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro.” (**Revista de Defesa da Concorrência** 6(1)/156-172. Brasília: CADE, maio 2018); e José Alexandre da Silva Zachia Alan, “Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos.” (**Revista de Direito Administrativo** 275/189-222. Rio de Janeiro: FGV, ago. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71652/69326>> Acesso em: 15/02/2021).

jamais poderá utilizar tais dados, nem sequer reflexamente (sob pena de comprometer todo o programa institucional de leniência).

Aqui, a conduta de ambas as partes deve ser pautada pelo princípio da moralidade administrativa, com a configuração que lhe é dada por meio do princípio da boa-fé e da confiança no comportamento alheio. Em todos os processos administrativos, a boa-fé “impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. Ao contrário, a conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. (...) Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endoprocessual e extraprocessual, em atenção à boa-fé.”⁷

Por isso que – e essa constatação é de suprema importância – a autoridade concorrencial apenas poderá celebrar outros *markers*, quaisquer que sejam, caso seja certo que a atividade processual instrutória relativa ao primeiro já tenha tido fim infrutífero. Ou melhor: somente depois de formalizar esse término perante o detentor da primeira senha, por meio da expressa revogação da senha anterior, com a devolução de todo o material recebido. Só depois disso, jamais antes, eis que o processo colaborativo estará em aberto e assim deverá ter sua segurança jurídica garantida.

Daí a legislação antitruste conferir eficácia privativa reforçada ao *marker* do primeiro colaborador (Lei 12.529/2011, art. 86, § 1º, inc. I, com a aplicação que lhe deu o art. 198, c/c art. 197, inc. I, do RICADE), durante todo o percurso antecedente à celebração do acordo. Esse fato incentiva àquele que pretende colaborar para chegar primeiro e lhe garante integridade em todo o processo de detecção de provas. Assegura que o processo de angariação de informações factuais será orientado pela mais absoluta confiança.

Aqui, incide a força do princípio da legalidade, obrigando condutas administrativas *secundum legem*. Como há tempos consolidado no STF, “a Administração Pública, em toda a sua atividade, está sujeita aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor.” (RE 195227, Min. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 06/12/1996). A Lei 8.529/2011 exige a celebração com a primeira empresa a se qualificar e o RICADE a complementa, preceituando como, na sua execução, será revelada essa primeira empresa, mesmo em casos de informações incompletas (anteriores à proposta em si mesma).

Todos os atos praticados durante o processo do acordo de leniência devem respeito à legalidade estrita. Ou seja, o processo administrativo decorrente do *marker* “há de ser desenvolvido dentro desses parâmetros. A legalidade – formal e substancial – é sua regra-matriz, que no que diga respeito ao rito procedimental ou quanto às decisões ou ao exercício do poder *latu sensu*.”⁸ Tudo o que extrapolar os critérios e limites positivados na Lei 12.529/2011 – em sua configuração positivada pelo RICADE – não violará apenas os princípios da eficiência e da moralidade, mas sobretudo o da legalidade (Constituição, art. 37, caput; Lei 9.784/1999, art. 2º, c/c Lei 15.529/2011, art. 86, §1º, e incisos).

Isto posto, podemos seguir na qualificação jurídica e na especial atenção que merecem os efeitos do *marker* concedido ao primeiro proponente.

⁷ Egon Bockmann Moreira, **Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/199 e o CPC/2015**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 149.

⁸ Egon Bockmann Moreira, **Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/199 e o CPC/2015**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 112.

5. O *Marker* de Leniência como Ato Administrativo Declaratório-Constitutivo

A concessão dessa ordem de senhas denominada de *marker* pressupõe, por óbvio, o exame da legalidade, consistência e verossimilhança da promessa de futura proposta. Não é nem vinculado nem automático, como se o CADE estivesse subordinado à vontade do potencial colaborador, mas se trata de ato administrativo discricionário – pautado pelos fatos e pela legalidade. Logo, exige o adequado exame da situação fática levada a conhecimento da Administração e um juízo mínimo de delibação, ao menos a comprovar a aparência de fidedigna das informações prometidas.

Não parece ser válida a concessão automática da senha de prioridade em casos nos quais a sociedade comercial apenas diga que tem interesse em apresentar proposta, sem ao menos narrar ou apresentar um rascunho das condutas ilícitas que pretende comprovar no respectivo mercado. Exige-se um mínimo de verossimilhança nas informações antes da proposta em si mesma, sob pena de se conceder ao interessado o poder de bloqueio de futuras propostas consistentes. Afinal, se bastasse um aceno, conceder-se-ia desproporcional poder – jurídico e econômico – a uma só empresa, que impediria a concessão de outras senhas. Mas, atenção: o ato da Superintendência-Geral não é vinculado, tampouco aleatório ou autoritário, mas discricionário no mais fiel sentido do termo, eis que submetido aos fatos e instalador da competência de a autoridade tomar a decisão mais adequada.

Porém, a partir do instante em que é concedido, ele implica a automática alteração do status normativo de titularidade do interessado, que deixa de ser uma sociedade empresarial como as outras e passa a ser a única potencial colaboradora da autoridade concorrencial. Analisemos melhor esse fato jurídico, suas premissas e consequências.

Em primeiro lugar, cumpre verificar os pressupostos jurídicos ao acolhimento do pedido de colaboração. Por um lado, o proponente deve ser a primeira empresa “a se qualificar com respeito à infração noticiada” (Lei 12.529/2011, art. 86, § 1º, inc. I; RICADE, art. 197, inc. I). Qualificação essa oriunda de o interessado ter apresentados dados que conferem verossimilhança à “identificação dos demais envolvidos na infração” e assim indicam que permitirão “a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada” (Lei 12.529/2011, art. 86, incs. I e II; RICADE, art. 197, inc. VI).

Por outro, o CADE não deve dispor “de provas suficientes” para assegurar a condenação referente ao ilícito sinalizado na proposta (Lei 12.529/2011, art. 86, § 1º, inc. III; RICADE, art. 197, inc. III). Ou seja, a promessa de futura proposta de colaboração não pode ser supérflua ou meramente confirmatória. Ela há de possuir eficácia própria e autônoma.

O próximo passo para a aplicação a tais dispositivos legais está no RICADE, cujo art. 198 disciplina a “declaração da Superintendência-Geral que ateste ter sido o proponente o primeiro a comparecer perante àquele órgão em relação a uma determinada infração”. Caso não seja “o primeiro a comparecer”, o interessado há de ficar em lista de espera (RICADE, art. 199). Esse ato, sim, é vinculado, em vista da proibição de senhas sobrepostas.

Logo, aqui existe importante dissociação de efeitos jurídicos, positivos e negativos, inter e plurissubjetivos. O primeiro interessado que detenha informações fidedignas pode receber a senha por meio de ato administrativo típico, de competência privativa da autoridade antitruste. Ou seja, o *marker* é a representação formal da vontade do agente público que, no exercício da competência que lhe foi atribuída por lei, define específica conduta a ser observada não só pela pessoa privada, mas especialmente pela própria autoridade antitruste.

Desvendemos as minúcias do que consiste juridicamente esse ato “declaração atestatória” chamado de *marker*.

A sua premissa é a verossimilhança das informações que podem ser apresentadas. Afinal, muito embora a legislação positive incentivos para que os agentes econômicos colaborem com o Programa de Leniência do CADE, isso não importa dizer que qualquer arremedo de cooperação mereça ser levado em conta.

Como em todas as propostas de acordo de leniência concorrencial, o pressuposto de sua aceitabilidade tem como lastro empírico o mercado em que tais práticas teriam se desenvolvido. Será o exame atento da combinação dos fatos descritos pelo interessado que configurará a verossimilhança da futura proposta – e, em decorrência, o juízo de sua possível aceitabilidade (ou não) pela Superintendência-Geral (nos termos dos requisitos definidos no art. 197 do RICADE).

Contudo, não se trata da prática de ato administrativo banal, mas de situação muito séria, que aproxima o processo administrativo do processo penal – ao auxiliar na detecção de ilícitos e futuras sanções. Esta espécie de relação processual, que muitas vezes pode culminar na aplicação de punições administrativas a terceiros (e a respectiva privação da liberdade de empresa ou de bens), antes se aproxima do Direito Processual Penal do que do Direito Processual Civil.⁹

Por isso que as propostas de acordo de leniência demandam exame minucioso. Se forem inverossímeis, inconsistentes ou fantasiosas, devem ser rejeitadas de pronto. Se não atenderem aos requisitos legais e regulamentares, não podem gerar senhas que impeçam os próximos pretendentes de colaborar. Em contrapartida, a sua aceitação é sim um atestado – como assevera o próprio RICADE – de que o interessado efetivamente tem condições de colaborar com a autoridade antitruste.

Ou seja, a Superintendência-Geral emite declaração que atesta a plausibilidade da oferta, tal como apresentada, e assim concretiza sua excepcional competência para praticar o ato administrativo concessivo do *marker*. Ao atestar, o CADE confirma, certifica que as informações apresentadas são verossímeis, a fim de coligir provas relativas à infração. O que confere título jurídico especial ao futuro proponente – antecipando parcela dos efeitos do processo de leniência.

Reitere-se que, nesse ambiente de atos administrativos típicos, a Lei 12.529/2011 estabelece requisitos fechados e indeclináveis à prática dos acordos de leniência, dentre os quais releva o fato de que só pode ser celebrado com a sociedade empresarial “que seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação” (Lei 12.529/2011, art. 86, § 1º, inc. I; art. 197, inc. I, do RICADE). Essa condição do título jurídico de “primeira a se qualificar” advirá de “declaração da Superintendência-Geral que ateste ter sido o proponente o primeiro a comparecer perante aquele órgão em relação a uma determinada infração” (RICADE, art. 198).

⁹ A doutrina, nacional e estrangeira, é unânime nesse sentido. Confira-se: Rafael Munhoz de Mello, **Princípios Constitucionais de Processo Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 218-254; Fábio Medina Osório, **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, pp. 475-541; Franck Moderne, **Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle**. Paris: Economica, 1993, pp. 295-326; Georges Dellis, **Droit Penal et Droit Administratif**. Paris: LGDJ, 1997, pp. 332-386; José María Quirós Lobo, **Principios de Derecho Sancionador**. Granada: Comares, 1996, pp. 25-28; Alejandro Nieto, **Derecho Administrativo Sancionador**, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 165-177; Egon Bockmann Moreira, “Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas”, **Revista de Direito do Estado** 2/163-192. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2006.

Como se infere da letra da lei, o *marker* é ato administrativo típico, com natureza declaratória, o qual atesta a situação jurídico-factual de que determinada pessoa poderá ser a primeira a submeter e ter aceita a sua proposta de acordo. Essa habilitação única tem efeitos marcantes. Afinal, ao qualificar o interessado, o ato administrativo declara, perante a Administração Pública, a pessoa privada (e terceiros), a existência de determinada relação jurídica de Direito Administrativo. Porém, não é só isso.

Ao mesmo tempo em que declara a existência dessa situação jurídica, o ato da Superintendência-Geral confere ao interessado determinado título jurídico exclusivo: a legitimidade ativa para fornecer informações sigilosas as quais podem resultar numa proposta de acordo de leniência. A partir de então, quem tem o status jurídico de legitimidade adequada é só e tão-somente o detentor do *marker*, nos termos e abrangência em que foi concedido.

O que importa dizer que tal senha possui natureza constitutiva: em decorrência dela, apenas uma pessoa é constituída como apta à colaboração exclusiva. Esse é um dos principais efeitos que a concessão da senha antecipa, com eficácia plurissubjetiva. “A eficácia específica dos atos constitutivos – pontificou Diogo de Figueiredo Moreira Neto – consiste em estabelecer uma relação jurídica nova, concretizando direitos e obrigações, previstos em tese pela lei, seja para a Administração, seja para os administrados”¹⁰. Veja-se bem: relação jurídica entre CADE e futuro colaborador, que irradia seus efeitos para terceiros.

Há, portanto, a efetiva constituição administrativa de um sujeito com titularidade privativa, que recebe o status exclusivo – a posição jurídico-subjetiva – de primeiro colaborador (ainda que em potência). Para aqui nos valermos da linguagem processual, o *marker* antecipa os efeitos – objetivos e subjetivos – da recepção da proposta. Mesmo porque o particular necessita desse ato para exercer o seu direito de colaborar com a autoridade concorrencial. Muito embora seja titular do direito, a lei estabelece que tal faculdade só pode ser exercida mediante a senha concedida pela autoridade competente.

Mas o que aqui mais nos interessa é o fato de que os efeitos do *marker* não são apenas bilaterais, mas especialmente multilaterais. Essa é a produção de efeitos jurídicos estatuída em lei. Isso porque, além de legitimar o primeiro proponente, o mesmo ato administrativo impede que quaisquer outros o sejam. Não seria exagerado dizer que essa senha administrativa possui efeitos erga omnes: todos, sem exceção, têm bloqueado o direito subjetivo-processual à fazer valer sua pretensão colaborativa. Caso deduzam tal pedido, não atenderão a um dos pressupostos legais (ser o primeiro a colaborar) e a Administração deverá praticar o ato vinculado de abrir a fila de espera.

O tema se identifica àquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello qualifica de atos administrativos ampliativos, “em que o Poder Público simplesmente defere aos administrados a fruição de algo que lhes amplia a esfera jurídica e em geral atende ao que foi pretendido pelos administrados (concessões, licenças, autorizações, permissões, outorgas de prêmios etc.)”¹¹. Essa antecipação de efeitos típicos de ato ampliativo faz nascer a situação jurídica que constituiu o único colaborador e lhe legitima a apresentar a proposta que culminará no acordo de leniência.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 166. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 300; FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 208; AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**, vol. II. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 256-262.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 412.

Ao mesmo tempo em que incrementa a esfera de ação jurídica de seu destinatário, a declaração da Superintendência-Geral limita a sua própria esfera de ação jurídica, eis que a lei expressamente proíbe a concessão de quaisquer novos atestados (*markers*). Como de há muito pontificou Marcello Caetano, os atos constitutivos de direitos prestam-se a “limitar o poder da Administração, impondo-lhe o respeito de situações jurídicas que haja criado em proveito de outrem. Os interesses da Administração nesse caso esbarram perante os interesses dos particulares consolidados juridicamente por um acto anterior”¹².

O que significa que a autoridade exaure a sua competência ao expedir o primeiro *marker*. Enquanto ele for válido e estiver em vigor, a Superintendência-Geral está legalmente proibida de sequer cogitar a respeito de outros, nem muito menos os conceder. Trata-se de regra jurídica expressa na lei e no regulamento.

Por conseguinte, o atestado concedido pela Superintendência-Geral não se presta somente a enunciar um fato de conhecimento da Administração. Mais do que isso: passa a constituir específica relação jurídica, que amplia a esfera subjetivo-processual privativa de uma só pessoa, ao lhe antecipar o status de colaborador.

Isso ao mesmo tempo em que restringe a esfera de competência do CADE: ao declarar que certa pessoa está legitimada a colaborar e lhe outorgar essa condição, o ato administrativo proíbe que a Superintendência-Geral pratique qualquer outro *marker* que, ainda que em tese, ao primeiro possa se sobrepor.

Logo, o *marker* é ato administrativo cuja tipicidade está em antecipar efeitos jurídicos positivos em relação ao proponente e, simultaneamente, efeitos jurídicos negativos em face da Superintendência-Geral e efeitos inibitórios em face de terceiros.¹³ Este terceiro aspecto é sobremaneira importante, eis que inibe as posições jurídicas de quaisquer terceiros, enquanto perdurar a validade e eficácia da primeira senha.

Efeito jurídico que, convenhamos, não é exclusivo do ato administrativo denominado de *marker*. Trata-se de característica inerente à eficácia dos atos praticados pela Administração Pública – que, em relação às pessoas, afetam não só o sujeito passivo em sentido estrito (o destinatário do comando administrativo), mas também os terceiros com os quais tenha pertinência: “aquelas pessoas que, não sendo partes no acto, podem, todavia, ser favorecidos ou prejudicados pelos efeitos dele”.¹⁴

Constatação que assume características especiais em decorrência da certeza de que o *marker* procura dar o primeiro passo na coleta e construção de informações fidedignas, a fim de gerar uma proposta consistente e respectivo acordo de leniência perfeito, válido e eficaz. A partir de então, existe relação administrativa jurídico-processual destinada a produzir efeitos jurídicos próprios.

12 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, vol. I, 10ª ed. (9ª reimpr.). Coimbra: Almedina, 2007, pp. 454-455.

13 Como Bernardo Giorgio Mattarella anotou, os atos administrativos expressam peculiar eficácia subjetiva, eis que “produzem efeitos sobre todos os sujeitos a cujos interesses afeta, mesmo para além daqueles a quem se dirige.” (“Il Provvedimento”, in S. Cassese (coord.), **Trattato di Diritto Amministrativo: Diritto Amministrativo Generale**, t. I. Milão: Giuffrè, 2000, p. 823 – tradução livre). Trata-se daquilo que a dogmática publicista alemã de há muito denomina da “figura do ato administrativo favorecedor (*begünstigender Verwaltungskat*)”, que, contudo, também podia ter efeitos onerosos para terceiros” (Michael Stolleis, **O Direito Público na Alemanha**. Trad. G. B. O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 212-213).

14 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, vol. I, 10ª ed. (9ª reimpr.). Coimbra: Almedina, 2007, p. 521.

A senha é concedida com lastro na verossimilhança, na plausibilidade e na boa-fé, diante do feixe de informações subjetivas e objetivas inicialmente apresentadas perante a autoridade competente. Em contrapartida, a Superintendência-Geral está definitivamente proibida de examinar outros pedidos de *markers* que possam, ainda que em tese, aproximar-se, confundir-se ou assemelhar-se ao primeiro. Nesse segundo momento, a lei veda qualquer “distinção”, “valoração” ou “comparação”.

Trata-se de dever específico à autoridade antitruste: o de zelar ativamente pela integridade do primeiro *marker* concedido. O seu descumprimento implica *non facere quod debeat*.

6. Considerações Finais

Conforme acenado ao início, este artigo pretende destrinchar o conceito jurídico do *marker* de leniência diante das normas positivas, legais e regulamentares, que o disciplinam. Com isso, pode-se concluir que, à luz do Direito Administrativo brasileiro, trata-se de ato administrativo típico, que produz efeitos constitutivos e declaratórios em face do potencial colaborador, da Administração Pública e de terceiros. As consequências dessa constatação são significativas para que possamos compreender sua validade e eficácia.

7. Referências

ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção. Uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos. **Revista de Direito Administrativo**, 275/189-222. Rio de Janeiro: FGV, ago. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71652/69326>> Acesso em: 15/02/2021.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**, vol. II. Coimbra: Almedina, 2002.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa econômica. **RICADE**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/regimento-interno-cade-2020.pdf>. Acesso em 15/02/2021.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, vol. I, 10ª ed. (9ª reimpr.). Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DELLIS, Georges, **Droit Penal et Droit Administratif**. Paris: LGDJ, 1997.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2018.

LIMA, Fernanda Mariana da Silva; SALGADO, Lucia Helena; FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. Leniency and cooperation programs in Brazil: an empirical analysis from 1994 to 2014. **Revista de Economia Contemporânea**, 23(2). Rio de Janeiro: UFRJ, agosto de 2019. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200204&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15/02/2021

LOBO, José María Quirós. **Principios de Derecho Sancionador**. Granada: Comares, 1996.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Il Provvedimento. In: S. Cassese (coord.), **Trattato di Diritto Amministrativo: Diritto Amministrativo Generale**, t. I. Milão: Giuffrè, 2000

MEIRELLES, Hely Lopes. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. **Revista de Direito Administrativo – RDA** 158/15-19. Rio de Janeiro: FGV, jan. 1984. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44264/43099>>. Acesso em: 12/03/2021)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Ed. RT, 1967.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Processo Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MODERNE, Franck. Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle. Paris: **Economica**, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. **Revista de Direito do Estado**, 2/163-192. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Atos administrativos negociais, In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. (orgs.). **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE** 47/55-84. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2014.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**, 3ª ed. Madri: Tecnos, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 7ª ed., São Paulo: Método, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PINHA, Lucas Campio. Qual a contribuição da Teoria dos Jogos para os programas de leniência? Uma análise aplicada ao contexto brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, 6(1)/156-172. Brasília: CADE, maio 2018

STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha**. Trad. MENDES, G. B. O. São Paulo: Saraiva, 2018.