

COMENTÁRIOS DAS SEÇÕES DE DIREITO ANTITRUSTE E DE DIREITO INTERNACIONAL, DA ABA, AO PROJETO LEI SOBRE SANÇÕES PENAIS E AÇÕES PRIVADAS ENVOLVENDO CARTÉIS NO BRASIL, SUBMETIDO PELA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA À CONSULTA PÚBLICA

28 de dezembro de 2011

As opiniões expressas neste documento estão sendo apresentadas em conjunto e apenas em nome destas Seções. Elas não foram aprovadas pelo Conselho de Delegados (House of Delegates) ou pela Junta Diretora (Board of Governors) da American Bar Association e, portanto, não podem ser interpretadas como representativas das orientações e diretrizes da American Bar Association.

As Seções de Direito Antitruste e de Direito Internacional (“Seções”) da *American Bar Association* (“ABA”), respeitosamente apresentam estes comentários à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”) sobre a proposta de Projeto de Lei sobre sanções criminais e ações privadas envolvendo cartéis no Brasil (“Minuta de Projeto de Lei”). As Seções louvam a iniciativa da SDE em aperfeiçoar a aplicação das leis de concorrência do Brasil e a sua transparência ao solicitar comentários públicos sobre temas tão importantes. Estes comentários pretendem refletir a larga experiência que os membros destas Seções possuem conjuntamente em relação ao combate criminal aos cartéis e às ações privadas de indenização¹.

SUMÁRIO EXECUTIVO

Esses comentários apresentam as seguintes considerações principais:

- Embora as Seções saúdem o estreitamento das sanções penais ao comportamento de cartéis clássicos (*hard-core*), elas respeitosamente desejam a exclusão de determinados trechos da Minuta que sugerem que, sob certas circunstâncias, alegados abusos de posição dominante poderiam ser tratados como crimes.
- Apesar de apoiar totalmente os esforços da SDE para impedir a prática de cartel, as Seções entendem que a pena de prisão máxima de proposta pode ser excessivamente elevada, comprometendo a cooperação dos réus, necessária para extirpar esse tipo de comportamento.
- Com relação às faixas para multas, as Seções recomendam contar com as orientações já existentes no Código Penal Brasileiro, ao invés dos valores paralelos contidos na Minuta de Projeto de Lei.

¹ A nova Lei de Antitrust (“Lei Antitrust”) acaba de ser publicada no Brasil (Lei nº 12.529, datada de 30 de novembro de 2011) e entrará em vigor 180 dias a partir da data da sua publicação no Diário Oficial da União. As Seções oferecem seus comentários sobre a Minuta de Projeto de Lei, porque, se aprovada, esta seria promulgada após e, portanto, prevaleceria sobre o Projeto de Lei.

- Com relação às restrições de emprego para aqueles condenados por prática de cartel, as Seções acreditam que as decisões criminais do Poder Judiciário que imponham tais restrições podem entrar em conflito com as decisões tomadas pelas autoridades de defesa da concorrência na esfera administrativa, e podem não ser necessárias, em função da prática, comum entre as empresas, de demitir aqueles envolvidos em infrações antitruste. Assim, as Seções respeitosamente entendem que a SDE deve considerar se deseja manter esta previsão.
- Ainda que as ações privadas desempenhem um papel importante na aplicação da legislação antitruste e que a introdução de um dispositivo de reparação de danos em dobro, proposto na Minuta de Projeto de Lei, seja um passo importante para alcançar um nível mais eficaz de aplicação da Lei no Brasil, as Seções destacam que existem situações em que as ações de reparação de danos resultam em litígios excessivamente caros, devendo tais casos ser cuidadosamente controlados e monitorados pelos Tribunais.
- Quanto à proposta de criminalizar a divulgação injustificada de qualquer informação confidencial relacionada a uma proposta de acordo de leniência no Brasil, as Seções respeitosamente sugerem que a sanção proposta no Projeto de Lei pode ser excessivamente grave, inclusive em comparação com a pena por prática de cartel. As Seções acreditam que uma multa de caráter criminal pode ser uma solução mais apropriada. Elas entendem, ainda, que a SDE deveria considerar a fixação de uma multa administrativa em complemento à criminal.
- As Seções também gostariam de receber uma orientação mais detalhada sobre o que constituiria uma “justificativa válida” para a divulgação de informações confidenciais.
- Para garantir ainda mais a proteção da confidencialidade dos pedidos de leniência, as Seções também sugerem que a Minuta de Projeto de Lei estabeleça expressamente que determinações administrativas ou judiciais de outras jurisdições não constituem “justificativa válida” para a divulgação dessas informações confidenciais.

I. ALTERAÇÕES ÀS NORMAS BRASILEIRAS DE PERSECUÇÃO AOS CARTÉIS

A. Práticas consideradas como ilícitos criminais

A Lei Antitruste exclui todas as condutas que não sejam cartéis do âmbito de possibilidade de persecução penal. As Seções saúdam esta mudança, que reflete o amplamente reconhecido entendimento de que condutas fora do âmbito dos cartéis não devem ser criminalizadas. A Minuta de Projeto de Lei, que, como entendemos, substituiria a Lei Antitruste, é coerente com esta abordagem, mas contém uma redação que poderia ser interpretada de forma a criminalizar um abuso de posição dominante. Especificamente, essa Minuta incluiria a “restrição à criação, exploração ou desenvolvimento de um concorrente.” As Seções respeitosamente entendem que esta redação deveria ser excluída, uma vez que é inconsistente com a abordagem geral da

Minuta de Projeto de Lei e com as melhores práticas internacionais e diretrizes relativas à criminalização de condutas anticompetitivas.²

Por exemplo, nos Estados Unidos, enquanto a mesma lei se aplica a infrações antitruste criminais e não-criminais, sanções penais têm sido aplicadas apenas a cartéis *hard-core*: fixação expressa de preços, licitações fraudulentas e acordos de alocação de mercado ou de clientes entre os concorrentes, todas as quais inevitavelmente prejudicam os consumidores.³

Uma Comissão que recentemente estudou as leis antitruste dos Estados Unidos (*Antitrust Modernization Commission* (“AMC”)) tentou definir a conduta objeto da persecução penal. A AMC explica que “o DOJ deixou bem claro que ele atualmente não busca a persecução penal de outra conduta que não os cartéis *hard core*” e que “outros tipos de conduta potencialmente anticompetitivas podem ter efeitos mais ambíguos sobre os consumidores e sobre o bem-estar do consumidor, e os critérios legais pelos quais esses tipos de conduta são considerados como anticompetitivos são mais complexos e de extensa análise dos fatos envolvidos”. A AMC observou ainda que

Existe uma vasta gama de comportamentos unilaterais, tais como práticas de distribuição e de preços, que podem ser pró-competitivos na maioria dos casos, e anti-competitivos apenas em circunstâncias muito limitadas. Sanções penais, pelo contrário, são normalmente reservadas para os casos em que a conduta é claramente ilegal. Ao impô-las de forma mais ampla, sobre conduta que é potencialmente não anti-competitiva, corre-se o risco de apenar condutas pro-competitivas, favoráveis aos consumidores, que as leis antitruste pretendem a incentivar.⁴

B. Aumento das sanções penais estabelecidas pelo no artigo 4º

1. Eliminação das multas como alternativa à pena restritiva de liberdade

Na atual redação do artigo 4º da Lei nº 8.137/90, a pena de multa é uma alternativa à pena de prisão. De acordo com a redação dada ao artigo 4º pela Lei Antitruste, as penas de prisão e multa seriam aplicadas cumulativamente às pessoas

² Cf. *e.g.*, Submission to TPA Review Part 2, p. 35, disponível em <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=303044&nodeId=884dfd81ba626d73b88fcdd6efc67f2c&fn=Submission+to+TPA+Review+part+2.pdf>; The Trade Practices Act and world’s best practice: Proposals for criminal penalties for hard-core collusion, pp. 5, 15 e 16, disponível em <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/110787> (destacando que a autoridade australiana (Australian Competition and Consumer Commission) sugeriu “a criminalização apenas da mais grave das infrações concorrenciais: os cartéis *hard-core*”, na linha das melhores práticas internacionais).

³ Cf., *e.g.*, Antitrust Enforcement and the Consumer, disponível em www.justice.gov/atr/public/div_stats/276198.pdf (destacando que cartéis *hard core* não oferecem quaisquer “benefícios, como compensação plausível, aos consumidores”).

⁴ Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation, April 2007, pp. 296 and 297, available at http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, acesso em 25.10.2011.

físicas condenadas criminalmente por infração à ordem econômica. Uma abordagem semelhante é proposta pela Minuta de Projeto de Lei.

As Seções concordam com a mudança proposta. Multas sem prisão podem ser insuficientes para dissuadir a prática de cartel. Neste contexto, as Seções destacam que os funcionários da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA recentemente divulgaram um documento apontando que não houve um único caso de reincidência de cartel dentro dos EUA desde que a primeira sentença de prisão foi proferida contra um réu não-americano em uma acusação de cartel internacional.⁵ Outras jurisdições como o Reino Unido também concluíram que as multas, sozinhas, são insuficientes para deter a prática de cartel.

2. Aumento significativo do tempo de reclusão

A Minuta de Projeto de Lei aumentaria a pena máxima por crimes contra a ordem econômica de cinco para oito anos. As Seções louvam as tentativas de dissuadir a prática de cartel, mas pedem cautela no uso dessas sentenças mais severas, dada a importância de preservar o incentivo à cooperação.

Nos Estados Unidos, a pena máxima para os indivíduos foi elevada dramaticamente com a aprovação da *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (“ACPERA”) em 2004. A pena máxima de prisão de três anos foi aumentada para dez, enquanto a multa máxima para indivíduos aumentou de USD1.000.000 para USD10.000.000. A preocupação quando da proposta da legislação de 2004 foi se a Divisão Antitruste iria aumentar rapidamente as penas de prisão sugeridas e, ao fazê-lo, não providenciaria incentivos às pessoas físicas – nos EUA ou em outro lugar – a cooperarem em troca de uma sentença mais amena. Se as sentenças permanecessem na faixa que a Divisão Antitruste estava negociando em casos pré-ACPERA, era mais provável que muitos concordassem com as sentenças e cooperassem; se essas penas aumentassem para três, cinco ou dez anos, os réus não-americanos permaneceriam em casa e não se submeteriam à jurisdição dos EUA, enquanto os réus americanos aguardariam, levando muitos mais casos a julgamento (*trial*). A Divisão Antitruste tem tentado aumentar as penas de prisão de forma gradativa, particularmente em casos de elevada monta. Esta abordagem gradativa tem resultado em cooperação considerável, embora cada vez que se aumente a recomendação de prisões, um maior número de réus juntava-se às fileiras dos que não cooperam.

Por fim, o aplicador da Lei deve equilibrar a necessidade de cooperação às oportunidades de obtenção de sentenças mais severas, com penas de prisão consideravelmente maiores. Embora possa ser útil para que as autoridades tenham a discricionariedade de buscar essas sentenças com penas de prisão consideravelmente maiores, elas devem ser criteriosas no uso desse poder. A longo prazo, o regime anti-cartel mais eficaz é aquele que envolve uma grande cooperação dos participantes do cartel.

⁵ Cf. Gregory J. Werden, Scott D. Hammond, e Belinda A. Barnett, “Recidivism Eliminated: Cartel Enforcement in the United States Since 1999,” Georgetown Global Antitrust Symposium, Sept. 22, 2011.

3. Utilização de faixas para multas

Ao contrário do Projeto de Lei, a Minuta de Projeto de Lei define o valor mínimo e máximo para a multa a ser imposta aos indivíduos condenados - de trezentos mil a oito milhões de reais. As Seções respeitosamente desaconselham o uso de tais faixas.

Primeiro, os valores podem se tornar desatualizados, e na minuta de Projeto de Lei não há previsão que permita a aplicação de fatores de ajuste. Segundo, coerente com a abordagem da Lei Antitruste, autoridades criminais em persecução a cartéis poderiam ser autorizadas a buscar as orientações gerais para aplicação de multas contidas no Código Penal Brasileiro. Também seria útil para essas autoridades poder desenvolver diretrizes adicionais..⁶

4. Restrição dos direitos dos réus ao emprego

A minuta do Projeto de Lei prevê, além da pena de prisão e de multa, que as autoridades criminais deverão aplicar, cumulativamente, a penalidade envolvendo a restrição dos direitos ao emprego dos indivíduos condenados pelos crimes previstos no artigo 4 da Lei nº 8.137/90. Em particular, a minuta de Projeto de Lei propõe as seguintes restrições: (i) proibição do exercício de atividades empresariais, em geral; (ii) impedimento para o exercício de cargos em sociedades, tais como membro de conselho de administração, diretoria ou cargos de gerência das sociedades sujeitas à lei; ou (iii) proibição de gerir empresa seja por mandato ou por gestão de negócio.

Na atual redação do artigo 4 da Lei nº. 8.137/90 não há previsão de restrição dos direitos ao emprego das pessoas naturais como uma possível penalidade no caso de crime contra a ordem econômica. O Projeto de Lei também não continha tal previsão. Contudo, há a previsão de que as autoridades concorrenciais brasileiras podem impor uma proibição administrativa sobre o exercício de atividades empresariais, seja em nome da própria pessoa, ou como representante de outra empresa, por um período de até 5 anos.⁷

As Seções acreditam que podem existir conflitos entre a Minuta de Projeto de Lei, que diz respeito a penalidades criminais, e a previsão do Projeto de Lei, que se refere a um processo administrativo. Se a nova lei processual penal entrar em vigor, poderia haver confusão entre as duas disposições – uma administrativa e uma criminal. As Seções acreditam que esta sobreposição poderia dar ensejo a decisões conflitantes no que diz respeito a possibilidade do indivíduo condenado exercer atividades empresariais. Dessa forma, as Seções respeitosamente sugerem à SDE que avalie se deseja manter tal disposição, tendo em vista os prováveis conflitos decorrentes de disposições similares que podem ser aplicadas pelas autoridades concorrenciais brasileiras em âmbito administrativo.

⁶ Conforme previsto nos arts. 46 e 60 do Código Penal Brasileiro.

⁷ Artigo 38, VI do Projeto de Lei.

II. PROTEÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DAS PROPOSTAS DE LENIÊNCIA

A Minuta de Projeto de Lei propõe a inclusão de um artigo na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (“Lei nº 8.884/1994”), criminalizando a divulgação injustificada a terceiros de informações confidenciais relacionadas à proposta de leniência submetida perante as autoridades concorrenciais brasileiras.⁸

As Seções consideram esta nova proposta, que não foi incluída no Projeto de Lei, uma alteração potencialmente bem vinda do Programa Brasileiro de Leniência, uma vez que mitiga outros riscos de exposição (ex: investigações criminais em outras jurisdições, ações privadas de ressarcimento de danos) geralmente associados às propostas de leniência. É amplamente aceito que esses outros riscos possuem um papel muito importante na decisão de submeter a proposta de leniência, e mitigá-los pode servir para estimular submissões de proposta adicionais no Brasil. Isso assegura que outros representados exercerão maior supervisão de seus empregados na revisão dos documentos da leniência, aos quais o acesso foi concedido de acordo com a garantia do devido processo legal, e isso ainda complementa as disposições já em vigor (como os artigos 74, §3, I e II da Portaria nº 456/2010 da SDE).

Essa previsão está em linha com a recomendação da “International Competition Network” e com os comentários anteriores feitos pelas Seções a respeito da implementação da Portaria nº 456/2010 da SDE.⁹

As Seções entendem que as penalidades previstas no Projeto de Lei para a divulgação indevida de informações confidenciais relacionadas às propostas de leniência podem ser demasiadamente severas, e, de qualquer modo, parecem desproporcionais tendo em vista as penalidades criminais para cartéis. As Seções respeitosamente sugerem que a SDE avalie se não seria mais apropriado prever um período de detenção menor, ou até mesmo limitar a sanção a uma penalidade administrativa.

Ademais, apesar de o conceito “justa causa” poder ser propositalmente vago, esta imprecisão pode ser problemática, e pode criar dificuldades para a aplicação dessa disposição. Um rol exemplificativo de “justas causas” poderia ser aconselhável para assegurar que tal disposição alcance seu objetivo.

Por fim, as Seções notaram que a criminalização da divulgação dos documentos da leniência no Brasil pode não ser suficiente para evitar riscos relacionados aos

⁸ A inclusão proposta lê-se conforme segue:

Art. 35-D Divulgar, sem justa causa, informações confidenciais relativas a acordo de leniência, assim definidas por órgão do CADE. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁹ Comentários conjuntos da *American Bar Association Section of Antitrust Law*, *Section of International Law*, e *Section of Criminal Justice*, consulta pública nº. 16/2009 da Secretaria de Direito Econômico do Brasil (Setembro de 2009) (Disponível em http://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/resources/comments_reports_amicus_briefs/2009_comments.html).

procedimentos de *discovery* nos Estados Unidos.¹⁰ Apesar de a legislação sobre *discovery* de propostas de leniência e documentos associados a ações privadas no Estados Unidos ainda ser controversa, muitos reguladores estrangeiros interferiram de forma bem sucedida para impedir a divulgação desses documentos sob o argumento de que isso inevitavelmente arrefeceria os esforços deles no combate aos cartéis nacionais. Muitos tribunais norte-americanos, baseando-se em princípios de cooperação internacional, têm se recusado a compelir a divulgação desses documentos por esta razão. Assim, para proteger ainda mais os materiais de leniência contra divulgação em processos nos Estados Unidos, as Seções recomendam que o Projeto de Lei preveja que ordens administrativas ou judiciais provenientes de outras jurisdições não constituem “justa causa” tal como referido acima.

III. PREVISÃO DE RESSARCIMENTO EM DOBRO PELOS PREJUÍZOS GERADOS PELOS PARTICIPANTES DO CARTEL

A Minuta do Projeto de Lei alteraria o artigo 29 da Lei nº 8.884/1994 para permitir que autores de ações privadas busquem o ressarcimento em dobro dos prejuízos causados pelos participantes do cartel¹¹, exceto daqueles que tenham assinado acordos de leniência (cuja responsabilidade seria limitada aos prejuízos causados).

A persecução privada exerce um papel importante na implementação das leis antitruste. As Seções entendem que a persecução privada das leis antitruste ainda não está desenvolvida no Brasil. A nova disposição introduzirá, pela primeira vez, incentivos para que as partes prejudicadas ingressem em juízo contra empresas envolvidas em cartel com o intuito de aumentar os custos da colusão e, no final, aumentar a dissuasão dos cartéis.

As ações privadas de reparação de danos possuem uma longa história nos Estados Unidos. As ações coletivas têm acompanhado virtualmente todas as persecuções de cartéis e tem resultado em bilhões de dólares à título de indenização e acordos em casos antitruste. No seu relatório de 2007, a AMC reconheceu que “[a] principal característica dos remédios privados antitruste [nos Estados Unidos] é a sua

¹⁰ Vide, e.g., Miller, Nordlander & Owens, “U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials,” *The CPI Antitrust Journal* (março de 2010); Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd Edition, at 8.212; e Vandendorre, “The Confidentiality of EU Commission Cartel Records In Civil Litigation: The Ball is in the EU Court,” *European Competition Law Report* (março de 2011).

¹¹ Art. 29 ...

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

§3º Não se aplica o disposto no §1º aos co-autores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

previsão de ressarcimento de danos em triplo, o que permite aos autores da ação em todos os casos recuperar ‘em triplo os danos por ele sofridos’”.¹²

Não obstante anos de debate sobre o cabimento dos danos privados em adição às multas criminais, a AMC, em minuciosa análise dos remédios antitruste, recomendou não modificar a lei que prevê ressarcimento em triplo em ações antitruste. A AMC concluiu que “[t]riplo ressarcimento de danos cumpre 5 relacionados e importantes objetivos:

- (1) Dissuasão de condutas anticompetitivas;
- (2) Punição dos infratores da legislação antitruste;
- (3) Obriga a devolução dos benefícios da conduta anticompetitivas auferidos por aqueles infratores;
- (4) Prevê indenização total às vítimas das conduta anticompetitiva; e
- (5) Prevê um incentivo às vítimas para agir como ‘procuradores gerais privados’”.¹³

Entretanto, com base na experiência norte-americana, as Seções notaram que as ações de reparação de danos às vezes resultam em litigação excessiva e muito onerosa. Os casos devem ser cuidadosamente controlados e monitorados pelos tribunais.

A previsão do Projeto de Lei sobre a indenização pelos danos causados pelos signatários do acordo de leniência, é um importante incentivo adicional para as empresas e para os indivíduos que procurarem a leniência. Esta disposição reflete uma política similar subjacente à disposição análoga do “*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*” de 2004.

Nos últimos dez anos, muitas jurisdições têm aprovado direitos de ação privada para aqueles prejudicados por um comportamento colusivo, inclusive vários países membros da União Europeia. Cada jurisdição deve desenvolver seu processo para reparação de danos consistente com seu próprio sistema legal. As Seções reconhecem que o Brasil está abrindo um novo capítulo na persecução aos cartéis ao prever um meio de indenizar as vítimas e desestimular violações futuras. A introdução da indenização em dobro será um importante passo para alcançar um grau mais efetivo de persecução no país.

¹² *Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation*, Abril de 2007, p. 243 e 244, disponível em http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, acessado em 25 de outubro de 2011.

¹³ *Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation*, Abril de 2007, p. 244, 245 e 246, disponível em http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, acessado em 25 de outubro de 2011.

IV. CONCLUSÃO

As Seções agradecem a oportunidade de oferecer a experiência e perspectiva delas sobre estas mudanças significativas atinentes à persecução de cartéis no Brasil. As previsões de imposição de penas severas para os executivos de empresas e sobre as ações privadas de reparação dos danos para indenizar as vítimas são dois princípios chave de significativo efeito dissuasório do comportamento colusivo. Estabelecer essas ferramentas de persecução de maneira proporcional e equitativa terá um valor para o estado da concorrência e para a força da economia brasileira.

*

*

*