



Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

Formulário de Sugestões
Consulta Pública nº 17
(28.09.11 a 28.11.2011)

Minuta do Projeto de lei que altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Além de restringir os crimes contra a ordem econômica atualmente listados no art. 4º da Lei nº 8.137/1990, o projeto de lei contempla mudanças na pena dos crime de cartel e de cartéis em licitações, e traz disposições relativas a ações de reparação de danos.

Órgão, Entidade ou Instituição	Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil
MINUTA DO PL	SUGESTÃO
<p>Art. 1º O art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:</p> <p>I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas ou impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente;</p>	<p>Comentário: O PL resgata a “alínea f” do inciso I da Lei nº 8.137/90 (revogada pelo art. 116 da Lei nº 12.529/2011), que prevê “o impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente” como uma das formas pelas quais ocorre o abuso do poder econômico. Tendo em vista que “não há crime sem lei anterior que o defina”, conforme disposto no art. 1º do Código Penal¹, o resgate dessa previsão é de suma importância, já que tipifica mais um modo pelo qual pode ocorrer o abuso do poder econômico.</p> <p>Nos crimes de cartel, tem-se o dolo como o elemento subjetivo. Ao agente, é exigido tanto o conhecimento dos elementos descritivos e normativos do tipo objetivo do injusto, como a consciência e a vontade de realizá-lo com base nesse conhecimento. Para a configuração do crime de cartel, é necessário ainda o elemento subjetivo especial do tipo (o fim de agir do agente), que se traduz na vontade de alterar artificialmente a dinâmica das relações de mercado, valendo-se do abuso do poder econômico para eliminar total ou parcialmente a concorrência. Esse entendimento é consoante com a regra da razão utilizada na via administrativa, uma vez que nem todo exercício do poder econômico é passível de repressão administrativa ou criminal. Dessa forma, se a conduta do agente não possuir a finalidade de dominar o mercado ou eliminar</p>

¹ Art. 1º, Código Penal: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.



Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

	<p>total ou parcialmente a concorrência, esta será atípica, já que o dolo específico não estará configurado.</p> <p>Ainda, considerando que, de um lado, tanto o inciso I quanto o inciso II referem-se ao ajuste ou acordo de empresas (crime de cartel), e de outro, não há previsão quanto ao abuso de poder econômico praticado por apenas um agente econômico (prática anticoncorrencial unilateral), sugerimos a modificação da redação do inciso I, de acordo com o texto seguinte:</p> <p>“I - abusar do poder econômico, com o fim de dominar o mercado, eliminar total ou parcialmente a concorrência, ou impedir a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento de empresa concorrente.”</p> <p>Ressalta-se que, a modificação da redação do inciso I preserva a necessidade do dolo específico para a configuração do crime, uma vez que a conduta praticada pelo agente deve ter o fim de dominar o mercado, eliminar a concorrência, ou impedir a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.</p>
<p>II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:</p>	<p>Comentário: Considerando que o inciso II prevê apenas o crime de cartel entre ofertantes, i.e., “cartel de venda”, necessário que também haja a previsão do crime de “cartel de compra”, oriundo do poder de monopsonio detido pelos agentes cartelizadores. Dessa forma, sugerimos a modificação da redação do inciso II, para a seguinte forma:</p> <p>II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes e/ou adquirentes, visando:</p>
<p>a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;</p> <p>b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;</p> <p>c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.</p>	<p>Comentário: Considerando que a divisão de clientes ou fornecedores se trata de uma prática clássica de cartel, com efeitos tão deletérios à sociedade quanto as demais condutas tipificadas neste inciso II, sugere-se a sua inclusão no rol de tipos penais, incluindo-se nova alínea, tal como sugerido abaixo:</p> <p>c) a divisão de partes ou segmentos do mercado de bens ou serviços, mediante a distribuição ou alocação de clientes ou fornecedores;</p>
<p>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, multa e interdição de direitos.</p> <p>§ 1º A multa prevista no caput terá</p>	<p>Comentário: O PL aumenta a pena máxima de reclusão dos crimes contra a ordem econômica para 8 (oito) anos, bem como acrescenta a espécie “interdição de direitos” como penalidade ao</p>



Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

<p>valor fixado entre R\$ 300.000,00 (trezentos mil) e R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de Reais).</p> <p>§ 2º Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade da multa prevista no <i>caput</i>, poderá diminuí-la até a décima parte ou elevá-la ao décuplo.</p> <p>§ 3º A pena de interdição de direitos prevista no <i>caput</i> pode ser de:</p> <p>I – inabilitação para o exercício de atividade empresarial;</p> <p>II – impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;</p> <p>III – proibição de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.</p> <p>§ 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados”.</p>	<p>agente que praticou o crime. Ainda que a pena tenha sido aumentada no seu limite temporal para 8 (oito) anos, o PL mantém a possibilidade de que o condenado cumpra a pena, desde o seu início, em regime semiaberto, obedecidas as condições previstas no § 2º, alínea “b” do art. 33 do Código Penal, admitida, também, a progressividade de regime². Além disso, estabelece os valores mínimo e máximo (ou “o piso e o teto”) da multa aplicada ao agente, ao prever que esta terá valor fixado entre R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais). Apesar de ter fixado os montantes mínimos e máximos para aplicação da pena de multa, o legislador manteve a discricionariedade do juiz para elevá-los ou reduzi-los, tendo em vista o ganho ilícito e a situação econômica do agente que praticou o crime. Tais previsões aumentam o caráter dissuasório para a prática de crimes contra a ordem econômica, o que é um grande avanço para o combate a tais crimes, no Brasil.</p> <p>Ao nosso modo de ver, o PL, portanto, merece apenas um reparo: 1º) sugestão de redação para o preceito secundário: “Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa”, pois a interdição de direitos é pena restritiva de direitos. Segundo o próprio código penal, em seu artigo 44³, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade. No caso do presente PL, a pena restritiva de direito está prevista cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Como se sabe, segundo a teoria da pena, a pena privativa de liberdade pode ser aplicada isoladamente, ou cumulativamente com a pena de multa. Mas, jamais, com a pena restritiva de direitos, que é autônoma. Ora, outro não é o exemplo previsto na lei de crimes ambientais, Lei n. 9.605/98, em seu artigo 7º⁴. Nada obsta, entretanto, que a interdição temporária de direitos permaneça como espécie de pena restritiva de direitos, todavia, registre-se, respeitando o seu caráter de autônoma e substitutiva.</p>
--	---

² Art. 33 (...) § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

³ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando (...)”

⁴ “Art. 7º As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: (...)”



Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

Art. 2º A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, fica acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 17-A. A competência para julgar os crimes previstos no art. 4º será da Justiça Federal, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme.

Comentário: O legislador, ao prever a competência federal para julgamento dos crimes previstos no art. 4º (desde que possuam repercussão interestadual ou internacional), estabeleceu expressamente um critério para a definição da jurisdição na qual tais casos devam ser julgados, i.e., jurisdição estadual ou federal. Até então, tendo em vista a ausência de previsão sobre a competência para julgamento dos crimes desta natureza, é frequente a arguição do conflito de competência pelas partes envolvidas no processo, o que retarda o julgamento dos mesmos e traz insegurança jurídica para todos os envolvidos. Dessa forma, a definição da competência para julgamento dos crimes contra a ordem econômica gera celeridade processual, além de trazer maior segurança jurídica para as partes. Ressalta-se que, atualmente, tanto a Polícia Civil, a Polícia Federal e os Ministérios Públicos (Estadual e Federal) estão preparados para combater os crimes contra a ordem econômica. Por meio de parcerias celebradas entre a Secretaria de Direito Econômico e tais órgãos (como a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis - ENACC, Acordos de Cooperação Técnica e Operacional e instalação de laboratórios contra cartéis), há uma grande interação entre as autoridades. De um lado, a Polícia Federal conta com maiores recursos e pessoas capacitadas para o combate aos cartéis. Por outro, a Polícia Civil possui o benefício de estar próxima às diversas investigações de cartel (maioria) que ocorrem no Brasil. Assim, a definição de competência para julgamento dos crimes contra a ordem econômica não trará malefícios, pelo contrário, gerará apenas ganhos, principalmente ao combate de cartéis.

O mesmo entendimento já se encontra consolidado nas cortes superiores. Para o STJ, o crime de cartel deve, em regra, ser apreciado pela Justiça Estadual. Contudo, caso sua amplitude supere os limites de um Estado-membro e venha atingir dois ou mais Estados-membros, como também, caso sejam parte do litígio qualquer dos entes relacionados no art. 109, inciso I da Constituição Federal, deve ser o crime julgado pela Justiça Federal⁵.

⁵ Nesse sentido, ver STJ – CC 40165/PR; Conflito de Competência 2003/0165285-6. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Órgão Julgador S3 – Terceira Seção. Data de julgamento 10/12/2003. Data da publicação DJ 02/02/2004, p. 269. STJ CC 37226/SP; Conflito de Competência 2003/0149086. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Órgão Julgador S3 – Terceira Seção. Data de Julgamento 28/04/2004. Data da publicação DJ 01/07/2004, p.174. HC 32292/RS; Habeas Corpus 2003/0223642-5. Relator Ministro Jorge Arnaldo da Fonseca. Órgão Julgador T5 – Quinta Turma. Data de Julgamento 01/04/2004. Data de publicação DJ 03/05/2004, p.196.



Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

	<p>Desta forma, o dispositivo acima não merece reparos e está em linha com a jurisprudência do STJ.</p>
<p>Parágrafo único. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes previstos no art. 4º que tenham por objeto, no todo ou em parte, a produção de efeitos no território nacional ou que, de qualquer modo, produzam os referidos efeitos no mercado nacional”.</p>	<p>Comentário: O parágrafo único do art. 17-A está de acordo com o art. 6º do Código Penal⁶, bem como com o art. 2º da Lei nº 12.529/2011⁷. Assim, os efeitos extraterritoriais da Lei Antitruste Brasileira, com base na “Teoria dos Efeitos”, como também é conhecida a extraterritorialidade da jurisdição nacional, já permite que cartéis internacionais, ainda que não realizados no Brasil, sejam investigados pelas autoridades brasileiras caso seus efeitos anticompetitivos atinjam ou possam atingir o território nacional. Assim, o parágrafo não merece ajuste.</p>
<p>Art. 4º O art. 29 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“Art. 29. Os prejudicados e os legitimados previstos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro, de 1990, poderão propor ação para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica; o recebimento de indenização por perdas e danos e a execução da decisão prevista no art. 28-A.</p> <p>§ 1º A propositura de ação judicial não suspenderá o curso de processo administrativo em tramitação junto ao CADE.</p> <p>§ 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</p>	<p>Comentário: A previsão de direito a ressarcimento em dobro afronta diretamente o princípio constitucional da proporcionalidade, não podendo ser mantido neste anteprojeto, sob pena de inviabilizar a execução das ações privadas de indenização por danos decorrentes de infrações à ordem econômica, por conta da fragilidade jurídica das sentenças.</p> <p>O caráter punitivo da indenização civil, que já é muito controverso (sustentada apenas por doutrina minoritária e decisões judiciais isoladas), resta absolutamente desarrazoado em relação a infrações à ordem econômica, visto que essas são atos ilícitos já puníveis nas esferas administrativa e penal.</p> <p>Além disso, deve ser lembrado que a Lei de Defesa da Concorrência já prevê expressamente que a multa administrativa “<i>nunca será inferior à vantagem auferida</i>”, de modo que o risco de a prática do ato ilícito ser lucrativa para o infrator, principal fundamento para a defesa do caráter punitivo da reparação por danos morais, inexistente em relação às infrações à ordem econômica.</p>

⁶ Art. 6º Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

⁷ Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.



Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

<p>penal.</p> <p>§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”.</p>	
<p>Art. 5º. A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:</p> <p>“Art. 28-A. A decisão de condenação proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE obrigará a empresa a indenizar as vítimas pelos prejuízos causados.</p> <p>Parágrafo único. A decisão prevista no caput terá caráter executivo em relação aos consumidores prejudicados’.</p>	<p>Comentário: A atribuição do caráter executivo à decisão de condenação do CADE afronta diretamente os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.</p> <p>Além disso, a decisão do CADE carece dos elementos necessários à sua execução para fins de indenização pelos prejuízos causados. De fato, conquanto possa constituir um importante elemento de prova da conduta infrativa, a decisão administrativa naturalmente não terá condições de individualizar e quantificar o dano causado aos consumidores e também o nexo causal.</p> <p>Não há, portanto, como suprimir o processo de conhecimento no âmbito do Poder Judiciário numa ação reparatória ajuizada pelos consumidores prejudicados por infrações à ordem econômica.</p>
<p>“Art. 35-D. Divulgar, sem justa causa, informações confidenciais relativas a acordo de leniência, assim definidas por órgão do CADE.</p> <p>Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”</p>	<p>Comentário: Embora seja louvável a responsabilização criminal pela divulgação de informações confidenciais relativas a acordo de leniência, a redação do dispositivo pode ser aperfeiçoada para assegurar maior grau de segurança jurídica.</p> <p>De fato, “justa causa” é um conceito jurídico com elevado grau de indeterminação e deveria ser substituído por um termo mais objetivo.</p> <p>Os documentos fornecidos pelo beneficiário do acordo de leniência, de regra, somente devem ser acessíveis pelos demais co-representados com a finalidade de possibilitar que esses exerçam plenamente o direito de defesa.</p> <p>Portanto, a única hipótese em que a utilização de tais informações seria justificada seria para tal finalidade. Assim, sugerimos a alteração do caput do art. 35-D, de acordo com a seguinte</p>



Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

	<p>redação:</p> <p>“Art. 35-D. Divulgar, salvo para o exercício da ampla defesa, informações confidenciais relativas a acordo de leniência, assim definidas por órgão do CADE.”</p>
<p>Art. 6º. Ficam revogados os arts. 5º, 6º e o inciso I do art. 9º, I, da Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990.</p>	<p>Comentário: Os arts. 5º e 6º da Lei n.º 8.137/90 já foram revogados pelo art. 127 da Lei n.º 12.529/2011, razão pela qual tal revogação fica prejudicada, devendo ser retirada do texto deste art. 6º. Por outro lado, com relação ao inciso I do art. 9º da mesma Lei n.º 8.137/90, a revogação é medida que faz total sentido, uma vez que o art. 116 da Lei n.º 12.529/2011 alterou a pena do crime do art. 4º da Lei n.º 8.137/90 de “reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, <u>ou</u> multa” para “reclusão, de 2 (dois) a 5 (anos) <u>e</u> multa”. A substituição da conjunção alternativa “ou” pela conjunção aditiva “e” eliminou a possibilidade da conversão da pena de reclusão em multa e, uma vez extinta tal possibilidade, não há mais razão que justifique a existência do inciso I do art. 9º.</p> <p>Assim, sugerimos a modificação do art. 6º, de acordo com a redação seguinte:</p> <p>“Art. 6º. Fica revogado o inciso I do art. 9º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.”</p>