



Ministério da Justiça
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Formulário de Sugestões
Consulta Pública nº 17
(28.09.11 a 28.12.2011)

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.

Nome	Antitrust Committee Working Group (“Grupo de Trabalho”)
C.I. ou C.P.F.	
Órgão, Entidade ou Instituição que representa	International Bar Association – IBA
Artigo da Minuta do Projeto de Lei	Comentários do Grupo de Trabalho
<p><i>Art. 1º O art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:</i></p> <p><i>“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:</i></p> <p><i>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;</i></p> <p><i>II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:</i></p> <p><i>a) à fixação artificial de preços ou</i></p>	<p>Limitar a aplicação da lei a condutas concertadas é um avanço.</p> <p>Algumas práticas, tais como condutas unilaterais e restrições verticais, podem ser justificadas caso gerem eficiências pró-competitivas. Entretanto, a comprovação da geração de tais eficiências demanda uma investigação detalhada, e a decisão sobre sua existência por vezes se submete à discricionariedade administrativa ou judicial. Na realidade, condutas dessa natureza raramente representam casos de infração <i>prima facie</i> à ordem econômica. Nessas circunstâncias, a imposição de sanções criminais a infrações à ordem econômica por condutas unilaterais ou restrições verticais constituía uma punição demasiadamente severa. As sanções criminais deveriam ser impostas apenas a condutas que pudessem, aos olhos dos administrados, claramente prejudicar a livre concorrência, e não a condutas cuja legalidade se encontre sobre a tênue linha entre efeitos pró e anti competitivos. Por essa razão, o Grupo de Trabalho acredita que condutas unilaterais e acordos verticais não devem ser tratados como práticas criminais, ainda que uma determinada conduta seja, ao final, entendida como em violação à livre concorrência.</p> <p>Ademais, o Grupo de Trabalho sugere a exclusão do dispositivo que</p>

<p><i>quantidades vendidas ou produzidas;</i></p> <p><i>b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;</i></p> <p><i>c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.</i></p>	<p>trata da criminalização do abuso de posição dominante por meio do impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de um concorrente. Esta linguagem é muito vaga e abre margem a diferentes interpretações, causando insegurança jurídica e ferindo o princípio da legalidade, insculpido na Constituição Federal.</p>
<p><i>Art. 1º O art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, multa e interdição de direitos.</i></p> <p><i>§ 1º A multa prevista no caput terá valor fixado entre R\$ 300.000,00 (trezentos mil) e R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de Reais).</i></p> <p><i>§ 2º Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade da multa prevista no caput, poderá diminuí-la até a décima parte ou elevá-la ao décuplo.</i></p> <p><i>§ 3º A pena de interdição de direitos prevista no caput pode ser de:</i></p> <p><i>I – inabilitação para o exercício de atividade empresarial;</i></p> <p><i>II – impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;</i></p> <p><i>III – proibição de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.</i></p> <p><i>§ 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir</i></p>	<p>O Grupo de Trabalho entende que a manutenção da pena de reclusão no limite de 5 anos seria mais apropriada. O tempo máximo de prisão em jurisdições que preveem esse tipo de penalidade varia de acordo com a prática de cada país (por exemplo, 10 anos nos Estados Unidos, África do Sul, México e Austrália, 5 anos no Reino Unido, Alemanha, Japão e Irlanda, 4 anos na França e 3 anos na Coreia do Sul), levando-se em conta, em geral, o tipo e extensão das penalidades impostas nas respectivas jurisdições a crimes de natureza similar previstos no código penal ou legislação semelhante.</p> <p>No Brasil, o limite de 5 anos de reclusão para crimes contra ordem econômica estava em linha com as penas aplicáveis a outros crimes empresariais, tais como crimes financeiros, crimes contra a ordem tributária, crimes contra o meio ambiente e apropriação indébita, e o aumento desse limite para 8 anos criaria um descompasso com as penas previstas para esses outros crimes empresariais.</p> <p>Ademais, a redação original da Lei nº 8.137/90 foi recentemente alterada pela Lei nº 12.529 (a Nova Lei de Defesa da Concorrência, que entrará em vigor no final de maio de 2010), a qual trará uma mudança significativa nesse sentido: a imposição de multa como sanção criminal, anteriormente uma pena alternativa à de reclusão, tornou-se uma pena cumulativa àquela. Na prática, essa alteração impedirá que os investigados negociem a suspensão condicional do processo. Isto, por si só, já alterará significativamente ao tratamento penal de condutas anticompetitivas e aprimorará a persecução criminal; assim, o aumento do limite da pena de reclusão aparenta ser injustificadamente agressivo e desnecessário para garantir o efetivo cumprimento da lei.</p> <p>Além disso, a minuta do projeto de lei sob análise propõe limites para a multa no âmbito criminal. Ocorre que tais limites são bem mais altos do que os valores que seriam obtidos por meio da aplicação das regras do Código Penal para o cálculo de multas, que é baseado em cálculo por dia-multa (art. 49 do Código Penal), levando-se em conta valor do salário mínimo fixado pelo governo. Não há, aparentemente, nenhuma justificativa para esta inconsistência. Assim, o Grupo de Trabalho entende que os limites estabelecidos para a multa devem ser revistos, de forma a se adequarem às regras do código Penal. Apenas para fins de comparação, multas no âmbito criminal na França são limitados a €75.000 para pessoas naturais.</p> <p>Finalmente, a introdução da sanção de interdição de direitos da forma</p>

<p><i>novo registro em nome dos inabilitados”.</i></p>	<p>proposta implica uma pena automática (não há necessidade da interdição de direitos ser motivadamente declarada na decisão), obrigatória e sem prazo de duração. O Grupo de Trabalho entende que a implementação da alteração proposta poderia resultar na imposição de penalidades desnecessárias e inadequadas em determinados casos. Além disso, ela também fere o princípio constitucional da individualização das penas, bem como a proibição constitucional de imposição de sanções de caráter perpétuo. Sendo assim, caso prevaleça a previsão da pena de interdição de direitos, tal sanção deve ter duração limitada e a imposição deve ser motivadamente declarada na decisão. Com relação aos limites à referida interdição, o Grupo de Trabalho acredita que a experiência de outras jurisdições possa servir de inspiração. Nesse sentido, enquanto certas jurisdições, como a França, não possuem previsão de interdição de direitos como sanção a crimes desta natureza, no Canadá, por exemplo, há o conceito de “<i>Prohibition Order</i>”, que possui duração máxima de 10 anos. No Reino Unido, o período máximo de “desqualificação” com base no “<i>Competition Disqualification Order</i>” para crimes de cartel é de 15 anos. O fato de haver limites temporais à duração da “<i>Prohibition Order</i>” ou da “<i>Disqualification Order</i>” indica que, mesmo nos casos mais ofensivos, é apropriada a determinação de limites definidos às sanções que o Estado pode impor aos indivíduos.</p>
<p><i>Art. 4º O art. 29 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>§ 1º A propositura de ação judicial não suspenderá o curso de processo administrativo em tramitação junto ao CADE.</i></p> <p><i>§ 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.</i></p>	<p>No Brasil, a reparação de danos sofridos é tradicionalmente realizada por meio de indenizações a título compensatório (“<i>compensatory damages</i>”), em razão dos princípios do <i>no bis in idem</i> e da proibição do enriquecimento ilícito. Consequentemente, apenas em casos expressamente determinados em lei o réu poderá pagar indenizações em valor superior ao prejuízo econômico efetivamente incorrido (por exemplo “<i>punitive damages</i>”).</p> <p>O Grupo de Trabalho entende que uma distinção entre <i>enforcement</i> concorrencial público e privado deve ser feita.</p> <p><i>Enforcement</i> público objetiva a punição e a dissuasão de infrações, e deve ser alcançado por meio de sanções administrativas ao invés de ações individuais indenizatórias propostas no Judiciário. De fato, as sanções atualmente disponíveis às autoridades já estabelecem uma estrutura que permite a aplicação de punições severas às práticas anticompetitivas, as quais levam em consideração a gravidade do delito, boa-fé e a situação econômica do infrator, os ganhos obtidos com a prática anticompetitiva, o prejuízo à concorrência e aos consumidores, reincidência, entre outros.</p> <p>O <i>enforcement</i> privado, por outro lado, deve objetivar a compensação efetiva das vítimas de uma conduta anticoncorrencial pelas perdas que elas de fato tenham incorrido em consequência de uma infração à lei, o que exclui a possibilidade de se atribuir à vítima montantes superiores ao dano sofrido. Um correto sistema de <i>enforcement</i> privado concede acesso efetivo a essa indenização compensatória, não a indenizações a título punitivo. O Grupo de Trabalho entende que não há necessidade</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>de fornecer incentivos adicionais para que as vítimas busquem compensação por suas perdas. Na realidade, a concessão de indenizações que ultrapassem o dano efetivamente sofrido pode acarretar consequências negativas: ao possibilitar que qualquer parte prejudicada receba danos punitivos, criar-se-ia um incentivo à proposição de ações vazias, com o objetivo único de forçar um acordo com o infrator (que o faria para evitar custos/riscos) e não a prova do próprio mérito da causa (é o que ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, onde há a possibilidade de pleitear “treble damages”).</p> <p>Em vista disso, o Grupo de Trabalho sugere que o direito ao ressarcimento em dobro não seja introduzido.</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. Parágrafo único. A decisão prevista no caput terá caráter executivo em relação aos consumidores prejudicados”.</p>	<p>O Grupo de Trabalho entende que o dispositivo ora proposto ultrapassa os limites entre <i>enforcement</i> público e privado, conforme ressaltado acima. A decisão do CADE é de cunho administrativo e, portanto, pela legislação civil brasileira, não pode vincular o Poder Judiciário, que é exatamente a esfera competente para proposição de pleitos indenizatórios em razão da perda sofrida.</p> <p>Além disso, caso a decisão do CADE vinculasse automaticamente a empresa condenada e o Poder Judiciário, não haveria a chance de discutir eventuais temas de processuais ou mérito do processo administrativo junto ao Poder Judiciário, o que vai de encontro à Constituição Federal, que prevê que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. O fato de que há casos nos quais o Judiciário alterou o mérito das decisões proferidas pelo CADE corrobora esse entendimento e demonstra a importância desse tema na área antitruste.</p> <p>O Grupo de Trabalho entende, portanto, que não seria aconselhável a implementação da alteração ora proposta.</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. 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>O Grupo de Trabalho acredita que a aplicação das propostas sanções à divulgação de informações relacionadas a um acordo de leniência aprimoraria o programa de leniência. Entretanto, sugere algumas alterações na redação proposta.</p> <p>Inicialmente, a linguagem ora proposta deixa ao CADE, no uso de sua discricionariedade, a decisão sobre o caráter confidencial ou não de uma informação, e apenas aqueles assim classificados como confidenciais estariam protegidos. Isso poderia deixar dúvidas com relação a quais informações seriam abrangidas, dando margem a uma insegurança jurídica. Cumpre ressaltar, ainda, que o Grupo de Trabalho entende ser de extrema importância que o CADE assegure a confidencialidade de todo e qualquer documento trazido pelo leniente.</p> <p>Além disso, o Grupo de trabalho acredita que a redação da proposta de lei deve trazer uma redação mais explícita sobre a definição da “justa causa” que permitiria a disponibilização da informação confidencial. Da</p>

maneira como é trazido, o termo é ambíguo. A proposta de lei deve ser mais clara ao definir as circunstâncias que autorizam a disponibilização da informação confidencial referente a um acordo de leniência, tendo em vista as severas sanções criminais que podem ser impostas.

Ademais, entende-se que o dispositivo deveria trazer expressamente a previsão de que também os servidores públicos e as autoridades de defesa da concorrência estão adstritos à regra de confidencialidade e, portanto, não devem compartilhar ou disponibilizar qualquer informação relacionada a um acordo de leniência para qualquer terceiro, incluindo autoridades de outras jurisdições, exceto sob a expressa autorização do beneficiário do acordo de leniência.

A lei deveria prever, ainda, que os demais investigados, que obtiveram acesso aos documentos/informações fornecidos pelo beneficiário do acordo de leniência, também estão sujeitos às regras de confidencialidade e, conseqüentemente, estariam igualmente proibidos de disponibilizar tais informações, sob as penas ora propostas. Esta previsão permitiria o acesso dos demais investigados às informações relevantes, ao mesmo tempo em que protegeria o leniente da divulgação indevida das informações por ele trazidas.

Por fim, o Grupo de Trabalho entende que as penalidades dispostas neste artigo aparentam ser demasiadamente severas, e podem ser consideradas desproporcionais quando comparadas às sanções previstas para o crime de cartel que originou a leniência. O Grupo de Trabalho reconhece a importância de se manter confidenciais as informações originárias de um acordo de leniência, de maneira que a previsão de certas formas de sanção à disponibilização injustificada de informação confidencial decorrente de acordo de leniência é apropriada. Contudo, a pena de detenção de 1 a 4 anos pode ser excessiva para os fins almejados. Sendo assim, o Grupo de Trabalho sugere que a sanção prevista para a infração seja reconsiderada – particularmente à luz das penas aplicáveis a violações de gravidade similar.