



Ministério da Justiça
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Formulário de Sugestões
Consulta Pública nº 17
(28.09.2011 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 crimes de cartel e de cartéis em licitações, e traz disposições relativas a ações de reparação de danos.

Nome	Marcelo Calliari Francisco Todorov Cristiane Zarzur (coordenadores)
C.I. ou C.P.F.	
Órgão, Entidade ou Instituição que representa	IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
Sugestão (favor informar o dispositivo legal relacionado à sugestão)	
Art. 1º O art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: 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; (...)."	Das condutas tipificadas como crimes contra a ordem econômica O artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 estabelece um extenso rol de condutas que são tipificadas como crimes contra a ordem econômica, a saber: "Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente. II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou

produzidas;
b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.
III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;
IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;
V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;
VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;
VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

Com a entrada em vigor da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011), o artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 será alterado e passará a tipificar as seguintes condutas como crimes contra a ordem econômica:

“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;
II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.”

Assim, com a alteração prevista pela Nova Lei de Defesa da Concorrência, o artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 passará a tipificar como crime contra a ordem econômica apenas condutas concertadas entre empresas, ou seja, práticas de cartel. O IBRAC entende que essa mudança é muito bem-vinda, uma vez que, com essa nova redação, o artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 deixará de tipificar como crime determinadas condutas que nem sequer são consideradas como infrações administrativas à ordem econômica, conforme tipificadas pela Lei de Defesa da Concorrência.

Além disso, essa nova redação também deixa de tipificar como crime determinadas condutas que são consideradas de menor potencial ofensivo à livre concorrência do que práticas de cartel, como por exemplo condutas unilaterais e práticas restritivas verticais, que, não raramente, podem ser justificadas com base em eficiências econômicas e ser consideradas até mesmo pró-competitivas. Em regra, a análise da legalidade desse tipo de práticas exige uma análise econômica dos eventuais efeitos anticompetitivos produzidos ou que podem ser produzidos no mercado. No entender do IBRAC, essas características inerentes a essas condutas, que nem sempre serão lesivas à ordem

econômica e deverão ser reprimidas, não seriam compatíveis com sanções de natureza criminal como a pena restritiva de liberdade.

A minuta de projeto de lei que altera a Lei nº 8.137/1990, colocada em consulta pública por essa SDE, propõe a seguinte redação para o artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, no que diz respeito às condutas tipificadas como crime:

“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

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;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.”

Ao comparar o rol de condutas tipificadas como crime pela redação dada ao artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 pela Nova Lei de Defesa da Concorrência e o rol previsto na minuta de projeto de lei proposta pela SDE, é possível constatar que a única diferença está na parte final do inciso I do artigo 4º, na medida em que a minuta de projeto de lei da SDE inclui entre as condutas que podem tipificar crime “**qualquer forma**” de “**impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente**” quando empregado para abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência.

No entender do IBRAC, a tipificação dessa conduta unilateral de abuso de posição de posição dominante como crime não está alinhada com as melhores práticas internacionais e seria um retrocesso em relação aos avanços trazidos pela Nova Lei de Defesa da Concorrência no que diz respeito à tipificação do crime previsto no artigo 4º da Lei 8.137/1990.

Em acréscimo, o tipo penal proposto é **excessivamente aberto**, outorgando ao Poder Judiciário, Ministério Público e Polícias a tarefa de apontar a ocorrência de “**qualquer forma**” de “**impedimento ao desenvolvimento de empresa concorrente**”. A amplitude dos termos legais trará enorme insegurança jurídica, pois possibilita uma infinidade de diferentes interpretações, em afronta ao **princípio da legalidade**, previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, o IBRAC entende que sanções criminais devem ser reservadas para condutas que claramente possam limitar a livre concorrência e que não possam ser justificadas com base em eficiências e ser consideradas pró-competitivas, como pode ocorrer no caso de condutas unilaterais. A criação de um tipo penal vago e indeterminado também deve ser evitada, sob pena de inconstitucionalidade.

Por essas razões, o IBRAC respeitosamente sugere a essa SDE que considere retirar essa parte final do inciso I do artigo 4º em sua minuta de projeto de lei (“**ou impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente**”), de modo a manter a tipificação dos crimes contra a ordem econômica tal como previsto na redação do artigo 4º dada pela Lei nº 12.529/2011.

<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>II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, 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>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, multa e interdição de direitos.</p>	<p>Do aumento da pena de prisão</p> <p>A proposta da SDE busca aumentar a pena máxima do crime de formação de cartel para 8 (oito) anos de prisão, sendo que, na atual legislação, o teto é de 5 (cinco) anos.</p> <p>Esta proposta de pena máxima de 8 (oito) anos irá gerar uma desproporcionalidade entre o tratamento dado ao crime de cartel e aos demais crimes empresariais. Apenas a título de exemplo, a pena da grande maioria dos crimes financeiros <u>não ultrapassa 6 (seis) anos</u>, e a punição máxima dos crimes tributários, ambientais, de apropriação indébita e estelionato também <u>não ultrapassam 5 (cinco) anos</u>.</p> <p>A pena de prisão atualmente prevista esta em consonância com o nosso sistema penal, ainda mais se considerarmos que a atual Lei 8.137/90 já prevê a possibilidade de aumento de pena para o crime de cartel, que pode ter a sua pena máxima de 5 (cinco) anos agravada de um terço até a metade:</p> <p style="padding-left: 40px;">“Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:</p> <p style="padding-left: 80px;">I - ocasionar grave dano à coletividade;</p> <p style="padding-left: 80px;">II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;</p> <p style="padding-left: 80px;">III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.”</p> <p>Ainda deve ser considerado que a proposta da SDE é apresentada no mesmo momento em que a nova Lei de Defesa da Concorrência foi aprovada e que seu texto contém relevante alteração na pena e no tratamento processual dado aos crimes de cartel.</p> <p>A nova Lei de Defesa da Concorrência impede a aplicação subsidiária da pena de multa, impossibilitando a aplicação da suspensão condicional do processo. Com esta mudança, o caso de crime de formação de cartel não mais será solucionado com a suspensão processual, seguindo seu regular trâmite até eventual sentença condenatória e cumprimento de pena. Esta modificação já é bastante significativa e será decisiva para o amadurecimento da jurisprudência penal sobre cartéis, até então incipiente no Brasil. Não é recomendável que este novo sistema venha imediatamente acompanhando de um elevadíssimo patamar máximo de pena privativa de liberdade.</p> <p>Assim, o IBRAC entende que o aumento da pena máxima de prisão torna a punição ao crime de cartel desproporcional e também não se revela adequado em face da recente alteração legislativa que alterou o tratamento penal deste delito, sugerindo a manutenção da redação da nova Lei de Defesa da Concorrência aprovada.</p>
<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</p>	<p>Da pena de multa</p> <p>O projeto elaborado pela SDE busca estabelecer a fixação de pena de multa, na esfera criminal, “entre R\$ 300.000,00 (trezentos mil) e R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de Reais)”, sendo que, “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.” Nestes termos, em caso de condenação, a pena de multa será fixada entre R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais).</p>

<p>constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente;</p> <p>II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, 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>Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, multa e interdição de direitos.</p> <p>§ 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).</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 caput, poderá diminuí-la até a décima parte ou elevá-la ao décuplo.</p> <p>(...)”.</p> <p>E</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>Estas balizas fogem do padrão adotado pelo nosso ordenamento jurídico, definido no artigo 49 do Código Penal:</p> <p>“Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.</p> <p>§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.</p> <p>§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.”</p> <p>Logo, segundo o Código Penal, a pena de multa deve ser calculada em dias-multa, com base no salário mínimo mensal vigente, e não em valores absolutos. Portanto, a proposta dessa SDE não é coerente com as regras de arbitramento de multas na esfera criminal previstas pelo Código Penal.</p> <p>E, principalmente, o valor máximo de uma pena de multa, se considerado o salário mínimo de R\$ 545,00, pode, em tese, chegar ao valor de R\$ 981.000,00, bem distante dos ou R\$ 80.000.000,00 propostos pela SDE.</p> <p>Ilustrando bem a desproporcionalidade dos valores sugeridos pela SDE, basta notar que a Lei nº 7.492/86, que pune os crimes financeiros, preceitua que a multa prevista no Código Penal poderá ser aumentada até o décuplo, chegando, em tese, a quase dez milhões de reais (R\$ 9.810.000,00). Mesmo considerando os consideráveis prejuízos econômicos de um delito financeiro, ainda assim a multa máxima é muito inferior aquela que se pretende aplicar ao crime de cartel.</p> <p>Deve ser ressaltado, ainda, a existência de independência entre as esferas penal e administrativa, ou seja, o pagamento da milionária multa criminal não eximirá o cidadão da obrigação de pagar também uma eventual sanção imposta pelo CADE.</p> <p>O projeto da SDE ainda pretende, com seu artigo 6º, revogar o “<i>inciso I do art. 9º, I, da Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990</i>”, dispositivo que prevê a possibilidade da substituição da pena de prisão pelo pagamento de multa. Deve ser registrado um pequeno erro de grafia, citando-se no texto da Consulta Pública duas vezes o inciso “I”.</p> <p>Assim, por serem absolutamente desproporcionais, o IBRAC recomenda a redução dos valores previstos no projeto de lei, sugerindo, ainda, que seja seguida a regra de arbitramento por dias-multa fixada pelo Código Penal, adotando-se os patamares de aumento estipulados na Lei nº 7.492/86.</p>
<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>Da interdição de direitos</p> <p>O Projeto pretende incluir a interdição de direitos como uma das sanções criminais ao crime de cartel.</p> <p>A redação proposta inova a letra da Lei 8.137/90, que não traz previsão de restrição de direitos de pessoas físicas como possível pena para crimes contra a ordem econômica.</p> <p>Inicialmente, percebe-se a perfeita similaridade com a previsão dos efeitos da condenação, contida no artigo 181 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005):</p>

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, multa e interdição de direitos.

§ 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).

§ 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.

§ 3º A pena de interdição de direitos prevista no caput pode ser de:

I – inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

II – impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;

III – proibição de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

§ 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”.

“Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei:

I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;

III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

§ 1º Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal.

§ 2º 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.”

Tal qual na lei falimentar, o texto elaborado pela SDE mantém, em seu inciso II, a referência a “conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta lei”. Ocorre que a Lei de Falências utiliza esta expressão porque, em seu artigo 2º, disciplina **quais sociedades não estarão sujeitas aos seus termos:**

“Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.”

Por outro lado, a Lei 8.137/90 não contém nenhuma menção a “sociedades”, tornando incompreensível o uso da expressão “sociedades sujeitas a esta lei”. Assim, deve ser registrada a inadequação do inciso II, especificamente porque a legislação no qual o mesmo será inserido não define nenhuma espécie de sociedade.

A inserção da pena de interdição de direitos também merece ser criticada pelo fato de ser uma sanção automática, obrigatória e sem prazo de duração definido. Pelo projeto elaborado pela SDE, o Magistrado, em qualquer espécie de condenação, deverá, necessariamente, impor a pena de prisão, a multa e também a interdição de direitos, que perdurará por período não delimitado.

No próprio modelo seguido pela SDE, qual seja, a lei falimentar, há uma expressa advertência no sentido de que “os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal.”.

O art. 92 do Código Penal vai na mesma linha ao disciplinar alguns tipos de interdição de direitos, tratados como efeito da condenação, ressaltando expressamente que “**não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença**”.

A Lei nº 9.605/1998, que trata dos crimes ambientais, prevê pena de interdição temporária de direito, mas como uma medida autônoma, passível de ser aplicada como substituição a pena privativa de liberdade e com prazo de duração definido:

“Art. 10. As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.”

Disciplinando o crime de lavagem de dinheiro, a Lei 9.613/1998 igualmente estabelece um prazo para a duração da interdição de direitos:

“Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I - a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime previsto nesta Lei, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.”

Por fim, deve ser considerado o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que define quais são as modalidades de penas aplicáveis no Brasil e impõe o **princípio da individualização da pena**:

“XLVI - A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;”

Adicionalmente, vale ressaltar que a recém promulgada Lei n.º 12.529/2011, que re-estrutura o SBDC, dispõe em seu art. 38, inc. VI que, sem prejuízo das penas impostas por infração à ordem econômica (cf. art. 37 dessa mesma Lei), poderá ser determinada, isolada ou cumulativamente “a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos”.

Considerando que essa Lei entrará em vigor em breve, e que já estabelece em âmbito *administrativo* uma pena de restrição de direitos ao exercício de atividades privadas, a inserção de uma norma de natureza similar – dessa vez em âmbito *criminal* – tem o potencial de causar decisões conflitantes no que se refere às limitações ao exercício de atividades empresariais.

Ressalte-se que nosso sistema jurídico não prevê restrição ao cumprimento cumulativo de penas criminais e administrativas. Com isso, caso aprovado o presente projeto de lei, o cidadão que for condenado nas duas esferas poderá passar cerca de uma década impedido de exercer seu ofício, cumprindo uma punição excessiva e em desacordo com o princípio da proporcionalidade.

Complementarmente, ao contrário do que apresenta a nova redação do art. 4º, § 3º da Lei n.º 8.137/90, o dispositivo da Lei n.º 12.529/2011 limita em 5 (cinco) anos a aplicação de pena dessa natureza. E, dessa forma, elimina o caráter abusivo vislumbrado na proposta de redação feita pela SDE.

	<p>Pelas razões expostas acima, e, destoando das previsões semelhantes contidas em nosso ordenamento jurídico, a proposta da SDE busca estabelecer a pena automática de interdição de direitos, sem prazo de duração definido, para todo e qualquer condenado pelo crime de cartel. Além de ser pouco razoável, posto que para muitos condenados esta sanção será desnecessária e inadequada, caracteriza-se uma patente ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.</p> <p>Por essas razões, acredita-se que a norma contida na nova Lei 12.529/2011 seja suficiente para cumprir com o objetivo almejado pela SDE - <i>i.e.</i> punir o infrator e minimizar ou eliminar os riscos de reincidência. Por meio dessa alternativa, seria também adequadamente eliminado o potencial conflito entre norma administrativa e judicial.</p> <p>Portanto, o IBRAC sugere a retirada deste dispositivo do projeto de lei, ou, subsidiariamente, a sua adequação ao princípio constitucional da individualização da pena.</p> <p>Portanto, o IBRAC sugere a retirada deste dispositivo do projeto de lei, ou, subsidiariamente, a sua adequação ao princípio constitucional da individualização da pena, com a limitação temporal e a inclusão de previsão para evitar sobreposições entre sanções criminais e administrativas, de modo a prever no texto da lei que: (i) os efeitos dessa sanção de restrição de direitos não serão automáticos e deverão ser motivadamente declarados na sentença; (ii) o prazo máximo da sanção deverá ser limitado a no máximo 5 (cinco) anos; e (iii) será considerado para fins de cumprimento da pena de restrição de direitos imposta na esfera criminal, o período de cumprimento da pena de restrição de direitos imposta pelo CADE na esfera administrativa e vice-versa, desde que haja identidade dos fatos que motivaram as condenações em ambas as esferas e das penalidades aplicadas.</p>
<p>Art. 3º O art. 90 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“Art. 90. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º A multa prevista no caput terá valor fixado entre R\$ 500.000 (quinhentos mil) e R\$ 10.000.000,00 (dez milhões) de reais. § 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.</p>	<p>De modo geral, entendemos que a proposta de alteração do art. 90, da Lei 8.666/93, merece destaque positivo na medida em agrava a penalidade para crimes colusivos cometidos no âmbito de procedimentos licitatórios, incluindo a previsão expressa de valores máximo e mínimo para a multa já estabelecida anteriormente, o que confere maior segurança jurídica aos administrados, além de aumentar a pena restritiva de liberdade.</p> <p>Da pena pecuniária</p> <p>De modo a evitar eventual ambiguidade na interpretação da nova redação do art. 90, sugerimos que seu §2º seja alterado para: “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 <u>até</u> o décuplo.” (ao invés de possível aumento “ao” décuplo, o que poderia dar margem a uma interpretação de que, se aumentada a penalidade, a mesma deveria ser necessariamente o décuplo do valor estabelecido).</p> <p>O projeto elaborado pela SDE busca estabelecer a fixação de pena de multa, na esfera criminal, “entre R\$ 300.000,00 (trezentos mil) e R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de Reais)”, sendo que, “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.” Nestes termos, em caso de condenação, a pena de multa será fixada entre R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais).</p>

Estas balizas fogem do padrão adotado pelo nosso ordenamento jurídico, definido no artigo 49 do Código Penal:

“Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.”

Logo, segundo o Código Penal, a pena de multa deve ser calculada em dias-multa, com base no salário mínimo mensal vigente, e não em valores absolutos.

E, principalmente, o valor máximo de uma pena de multa, se considerado o salário mínimo de R\$ 545,00, pode, em tese, chegar ao valor de R\$ 981.000,00, bem distante dos ou R\$ 80.000.000,00 propostos pela SDE.

Ilustrando bem a desproporcionalidade dos valores sugeridos pela SDE, basta notar que a Lei nº 7.492/86, que pune os crimes financeiros, preceitua que a multa prevista no Código Penal poderá ser aumentada até o décuplo, chegando, em tese, a quase dez milhões de reais (R\$ 9.810.000,00). Mesmo considerando os consideráveis prejuízos econômicos de um delito financeiro, ainda assim a multa máxima é muito inferior aquela que se pretende aplicar ao crime de cartel.

Deve ser ressaltado, ainda, a existência de independência entre as esferas penal e administrativa, ou seja, o pagamento da milionária multa criminal não eximirá o cidadão da obrigação de pagar também uma eventual sanção imposta pelo CADE.

Assim, por serem absolutamente desproporcionais, o IBRAC recomenda a redução dos valores previstos no projeto de lei, sugerindo, ainda, que seja seguida a regra de arbitramento por dias-multa fixada pelo Código Penal, adotando-se os patamares de aumento estipulados na Lei nº 7.492/86.

Da pena privativa de liberdade

Ademais, e de forma geral, a proposta de alteração ao art. 90 aumenta a gravidade da pena privativa de liberdade relacionada ao crime colusivo no âmbito em licitações, uma vez que: (i) aumenta a sua base máxima e (ii) modifica o seu tipo de cumprimento.

De fato, a proposta de redação aumenta a base máxima da pena privativa de liberdade para 6 anos, ao invés dos atuais 4 anos. Com isso, além de incrementar o caráter dissuasório da pena relativamente aos agentes que consideram praticar tal ilícito, o aumento da base máxima também reflete no prazo de prescrição do crime antes da sentença transitada em julgado. Isso porque, com a redação atual, o crime prescreve em 8 anos, ao passo que com a nova redação, o crime prescreverá em 12 anos, conferindo ao Estado maior prazo para processar e julgar o agente criminoso¹.

¹ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

	<p>De caráter igualmente dissuasório é a modificação do tipo da pena privativa de liberdade de “detenção” para “reclusão”. De acordo com o art. 33² do Código Penal, tanto as penas de reclusão como a de detenção poderão ser cumpridas em regime aberto ou semi-aberto, mas apenas a pena de reclusão possibilita a determinação de cumprimento em regime fechado.</p> <p>Dessa forma, a modificação na lei possibilita que um agente condenado por cartel em licitações venha a cumprir pena em um regime considerado mais severo. Há, dessa forma, o endurecimento não apenas no quantum da pena, como também na forma pela qual ela será cumprida.</p> <p>Por fim, vale mencionar que o estabelecimento de pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime de reclusão e com duração máxima de 6 anos está em consonância com o disposto na grande maioria das leis relativas aos crimes contra a ordem financeira, tributária e contra o mercado de capitais³.</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><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><i>§ 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”.</i></p>	<p>O dispositivo proposto atrai graves inconvenientes de ordem sistemática ao ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo viés legal, seja pelo tanto mais gravoso filtro constitucional.</p> <p>Em atenção à boa técnica, serão feitos em primeiro lugar os comentários de índole processual, para apenas na sequência se tratar dos pontos materiais. O objetivo é de simples organização do raciocínio, e não de escalonamento de relevância das objeções.</p> <p style="text-align: center;">* * *</p> <p>O <i>caput</i> do dispositivo regula também hipóteses de legitimidade de demandas transindividuais (“os legitimados do artigo...”), razão pela qual é lógico presumir que o escopo do parágrafo 2º encampa medidas desta natureza. Esta é única a interpretação válida por força de lei, em vista do que ordena o art. 11, III, “c”, da Lei Complementar 95/984.</p> <p>Ocorre que, no que diz respeito à processualística brasileira, o e. Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de que os pedidos de devolução de quantias (sejam de forma simples, seja em dobro) são incompatíveis com o rito das ações coletivas:</p> <p>“Como bem referido pelo Juízo de primeira instância, o pedido de indenização, seja de forma simples, seja em dobro, não é cabível, tendo em vista que a presente ação civil pública busca a proteção dos interesses individuais homogêneos de caráter indivisível.</p> <p>O requerimento de devolução dos valores indevidamente cobrados tem caráter subjetivo individual, devendo ser postulado por seus próprios titulares em ações próprias. Logo, não se</p>

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

² Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

³ A esse respeito, vide, por exemplo, as Leis No. 6385/76, 7.492/86, 8137/90 e 9.613/98.

⁴ “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...) III - para a obtenção de ordem lógica: (...) c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.”

vislumbra, em relação a este ponto, o interesse coletivo a ser tutelado.”⁵

O entendimento não é novo, nem restrito às disputas consumeristas – aliás, como a mesma Corte decide desde seus primeiros anos de existência:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. REVOGAÇÃO DA LEI QUE A INSTITUIU. EXTINÇÃO DO PROCESSO. APURAÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE. AÇÃO PRÓPRIA. Revogada a Lei instituidora do tributo questionado, os pedidos se esvaziaram, a nível de ação civil pública, resultando na correta extinção do processo sem exame do mérito. Não se prestando a ação civil pública a amparar direitos individuais e nem se destinando a reparar prejuízos a particulares, a restituição de valores pagos pelos contribuintes deve ser pleiteada em ação autônoma⁶.”

Como se vê, o entendimento nas cortes superiores é de que o objetivo da ação civil pública (ou da ação coletiva em sentido estrito) é **exclusivamente** a proteção de direitos relativos à sociedade como um todo ou grupos da sociedade.

Logo, é incabível o pedido de restituição de valores em sede de Ação Civil Pública, de forma simples ou em dobro, motivo pelo qual o artigo (no que diz respeito às demandas coletivas) incorre em grave erro técnico.

Superada a questão das ações coletivas, a proposta constante do parágrafo em comento também não mereceria prestígio, notadamente ao propor indenização em dobro, porque (i) infringe a vedação principiológica do bis in idem e (ii) rompe com a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao primeiro ponto, parece claro que a devolução em dobro do prejuízo aferido não tem caráter *indenizatório*, mas sim *sancionador*. Com efeito, indenização é a contrapartida exata do dano, e nada mais. O art. 944 do Código Civil é claro ao afirmar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, em estrita consonância com o comando do art. 403, segundo o qual “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Se há, pois, devolução em dobro, há efetiva **punição** do ofensor demandado por via de ação de indenização – o que atrai à análise valores que as discussões meramente indenizatórias desconhecem. Neste cenário, ganha especial relevo a vedação ao bis in idem, que desfruta de status de sobreprincípio constitucional no Direito Brasileiro.

Não se desconsidera que o mesmo fato não possa gerar simultaneamente repercussões nas esferas civil, administrativa e penal. A crítica aqui veiculada é de raiz muito mais grave e profunda: a cumulação de sanções pecuniárias por idêntico motivo vai além destes naturais pontos de encontro entre sistemas normativos porque simplesmente replica punições a cada nova análise do tema sob uma dada rubrica legal – pouco importando sob qual veste formal esta sanção seja proposta.

O problema decorre do fato de que condutas anticompetitivas já são punidas na esfera administrativa, por meio da ação do SBDC, o qual tem

⁵ STJ, Resp. 794.752/MA - Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma – DJe 12.04.2010.

⁶ STJ, Resp. 94.445/MG – Relator: Hélio Mosimann, Segunda Turma – DJe 02.09.1996.

	<p>aplicado sanções significativas. A inconstitucionalidade da norma proposta é, portanto, manifesta.</p> <p>A par disso, a norma agride a tradição jurídica brasileira. Embora haja no Código Civil e no Código de Defesa de Consumidor alguns dispositivos que autorizam a repetição em dobro de valores, estas normas são sempre excepcionais, forjadas em atenção à especificidade de um dado contrato (art. 773 do CC) ou passando por filtros subjetivos da conduta do ofensor (art. 42, par. único, do CDC).</p> <p>A previsão de sanção da dobra na repetição desvinculada do microsistema de um dado negócio e, sobretudo, de natureza aparentemente objetiva (a norma não faz referência a análises subjetivas), é de tal forma divorciada do regime jurídico brasileiro que sua adoção merece, mais que cautela, reprovação.</p> <p>Conquanto a tradição norte-americana seja afeta a regramentos desta natureza, a importação destas ideias deve ser feita <u>com moderação e de forma atenta à realidade brasileira</u>. A sopesar na espécie há o princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC), que recomenda que indivíduos não se enriqueçam sem mérito, pelo só ilícito praticado por outrem.</p> <p>Essa moderação está sendo seguida em outros países, tendo em vista, principalmente, os efeitos negativos verificados nos Estados Unidos por conta os ‘treble damages’ estabelecidos pela legislação concorrencial daquele país – notadamente o forte incentivo a proposição de ações sem qualquer mérito, apenas para obtenção de acordo (settlement) financeiramente vantajoso. Na União Européia, tem-se buscado estabelecer mecanismos para incentivar ações privadas de indenização, mas estas vêm sendo discutidas de maneira extremamente cautelosa, por meio da emissão de documentos de orientação e consultas públicas pela Comissão Européia.⁷</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>“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>Inicialmente, ponderamos que a intenção da proposta de alteração do texto legal tem seus méritos, por um lado, na medida em que visa facilitar a reparação de eventuais danos causados às vítimas de condutas contrárias à ordem econômica, concedendo “caráter executivo” à decisão administrativa proferida pelo CADE, em relação aos consumidores prejudicados.</p> <p>Contudo, por outro lado, entendemos que a redação proposta não se coaduna com a ordem jurídica vigente, notadamente por afrontar os princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário, contraditório e ampla defesa, assegurados pelo art. 5º da Constituição Federal, além de se mostrar incompatível com outros dispositivos previstos na legislação ordinária. Explicamos.</p> <p>A ação de indenização movida por uma suposta vítima de um integrante de um suposto cartel é uma ação judicial autônoma, de forma alguma dependente ou subordinada à decisão que venha a ser proferida pelo CADE. Neste sentido, a condenação do CADE não vincula o Juízo em nenhum aspecto da ação, assim como um arquivamento também não teria tal efeito.</p> <p>Qualquer previsão legal de que a decisão do CADE vincularia o Juízo estadual no contexto de uma ação de indenização violará frontalmente o Art. 5, XXXV, da Constituição Federal, visto que estaria removendo do Poder Judiciário o conhecimento pleno da matéria sob exame, suprimindo a fase de produção de provas e o regular exercício das garantias inerentes ao contraditório, à ampla defesa e persuasão racional do Juiz, tão caros</p>

⁷ Informações disponíveis na página <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>

	<p>ao Estado de Direito.</p> <p>Em resumo, o CADE não pode vincular o Juiz. Na verdade, no contexto de uma ação de indenização a decisão do CADE serve como elemento de prova – robusta, é certo – mas não vinculativa. Nada impede que o Juiz conclua, inclusive, no sentido oposto ao do CADE – tanto pela existência quanto pela inexistência de um cartel.</p> <p>Ademais, pela estrutura republicana prevista na Carta Magna, cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade dos atos administrativos. Em face desse preceito, qualquer que seja a origem, a natureza e o objeto do ato administrativo, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual, ficará sujeito à apreciação do Poder Judiciário, para análise se foi ou não praticado com correto enquadramento legal, conforme os parâmetros e limites impostos pelo ordenamento jurídico.</p> <p>Sob outra análise, acrescentamos que a decisão do CADE não está vinculada à efetiva ocorrência do dano a cada consumidor individualmente considerado. Em muitos casos, o CADE pune eventual conduta empresarial, por entendê-la contrária à ordem econômica, <u>ainda que não tenha causado qualquer prejuízo efetivo à coletividade ou aos consumidores.</u></p> <p>Desta forma, a expressão “caráter executivo” não parece adequada, pois traz em si uma presunção genérica de existência de dano. Vale ressaltar que o artigo 580 do Código de Processo Civil dispõe que a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível; requisitos que, via de regra, não estão presentes nas decisões administrativas do Conselho.</p> <p>Em conclusão, como argumento definitivo a demonstrar que a mudança pretendida não se mostra oportuna ou conveniente sob o prisma constitucional, cumpre ponderar que não faltam exemplos de casos onde o Poder Judiciário adentrou e modificou, inclusive quanto ao <u>mérito</u>, decisões proferidas pelo CADE.</p> <p>A título de exemplo, pesquisa recentemente publicada em obra da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)⁸, nos traz a informação que praticamente 50% das decisões do CADE analisadas na amostra foram objeto de reforma, total ou parcial, quanto ao mérito da decisão.</p> <p>Assim, o controle judicial das decisões do CADE é garantia fundamental que se veria prejudicada com a proposta ora analisada, razão pela qual se sugere <u>não seja introduzido no ordenamento jurídico o artigo 28-A</u>, pelas razões aqui expostas.</p>
<p><i>“Art. 35-D (ou 86-A da Lei de nº 12.529/2011) 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”.</i></p>	<p>Primeiramente é de se parabenizar a SDE pela inclusão em Lei deste dispositivo, antes somente contemplado de forma genérica – sem especificação da penalidade aplicável - pela Portaria MJ nº 456/2010, art. 74, inc. II. Entendemos que tal dispositivo traz importante elemento para um programa de leniência eficaz, notadamente o oferecimento de incentivos imprescindíveis para a autodenúncia e a cooperação vez que visa preservar a confidencialidade de informações relativas ao acordo de leniência.</p> <p>É certo, contudo, que a demasiada imprecisão do tipo penal “sem</p>

⁸ Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre casos julgados pelo TRF, STJ e STF*. Belo Horizonte, Fórum, 2011. p.62/63

justa causa” coloca em xeque a *transparência* e a *previsibilidade* pré-requisitos amplamente reconhecidos enquanto essenciais para um programa de leniência eficaz⁹. Ora, o beneficiário certamente terá receio que as informações entregues em decorrência da sua obrigação de cooperar com a SDE possam ser divulgadas por um co-investigado – sob a alegação de uma suposta justa causa - a terceiros ou mesmo utilizadas em processos de indenização no Brasil e exterior, aumentando assim os custos e riscos potenciais do candidato à leniência. Com vistas a minimizar tais custos e riscos, nossa primeira sugestão refere-se ao aperfeiçoamento do escopo do referido tipo penal para determinar que os co-investigados não utilizem a documentação para outros propósitos que não o exercício de sua defesa na investigação movida pela SDE e no trâmite no CADE, e que não sejam utilizados para outros fins, inclusive, em conexão com outros processos civis ou criminais no Brasil e investigações em curso perante outras jurisdições.

A ICN também indica como elemento de uma política de leniência eficaz que a obrigação dos co-investigados da manutenção da confidencialidade a respeito das informações apresentadas pelo beneficiário da leniência seja estendida para a própria agência¹⁰. A experiência internacional demonstra que uma política de leniência de sucesso deve assegurar ao beneficiário que as evidências por ele fornecidas no curso da investigação em decorrência de seu dever de cooperar não serão utilizadas contra ele próprio em outro processo no Brasil ou no exterior seja por algum co-investigado seja pela própria agência antitruste. Desta forma e em linha com o art. 31 da Portaria MJ nº 456/2010, outra recomendação que se faz é no sentido de também se vedar a divulgação ou compartilhamento de tais informações pelos servidores do Ministério da Justiça, à exceção de autorização expressa do próprio signatário do acordo.

Outra discussão que se impõe diz respeito à forma abstrata e subjetiva que o dispositivo delega ao CADE a definição das “informações confidenciais relativas a acordo de leniência”. Ora, para os beneficiários da leniência em potencial, um dos fatores mais importantes em uma estratégia de leniência coordenada multijurisdicionalmente é a certeza e a previsibilidade de que a discricionariedade da agência de defesa da concorrência na aplicação da sua política de leniência será minimizada. Entende-se, assim, que a confidencialidade tenha que recair sobre todas as informações fornecidas pelos signatários do acordo como regra geral, sendo que a revelação de tais documentos teria como a única exceção o fim exclusivo de exercício de defesa no bojo da investigação conduzida pelas autoridades antitruste.

Os esforços da SDE em criar incentivos para os participantes de cartéis internacionais para buscarem a imunidade no Brasil podem diminuir caso potenciais beneficiários receiem que estarão sujeitos à discricionariedade das agências em relação ao um assunto tão sensível quanto a publicidade das informações prestadas.

⁹ ICN, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Drafting and Implementing an Effective Leniency Program (2009), capítulo 2, página 3.

¹⁰ ICN, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Drafting and Implementing an Effective Leniency Program (2009), capítulo 2, página 5.

Assim, recomenda-se que a concessão de confidencialidade de informações seja automática somente comportando a exceção ora referida.

Ante o exposto e com vistas a dar coerência com a redação do art. 74 inc II da Portaria MJ nº 456/2010, elaboramos a seguinte proposta de dispositivo:

“Art. 35-D. É vedada a divulgação, total ou parcial, das informações e documentos fornecidos pelo signatário do acordo de leniência, salvo para o exercício de ampla defesa e contraditório no bojo da investigação movida pela SDE.

§ 1º Os servidores públicos estão adstritos à confidencialidade referida no caput assim como qualquer pessoa autorizada pela Secretaria de Direito Econômico a ter acesso a autos, documentos e informações confidenciais.

§ 2º não se aplica o caput quando expressamente autorizado pelo signatário do acordo de leniência ou quando assim determinado por decisão judicial.

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.