

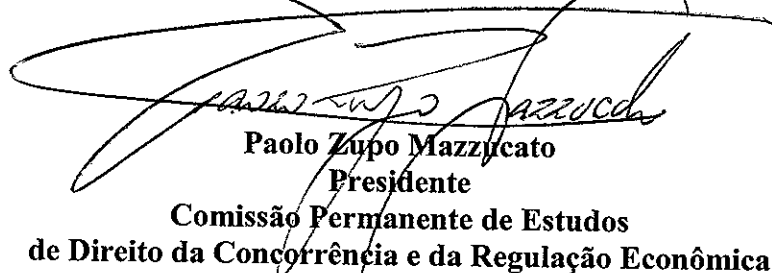


Comissão de
Direito da Concorrência
e Regulação Econômica

**Ilmo. Sr. Secretário da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Dr.
Vinícius Marques de Carvalho**

Comissão Permanente de Estudos de Direito da Concorrência e da Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, doravante denominada simplesmente “**OAB/MG Concorrência e Regulação**” ou “**Comissão**”, vem, respeitosamente, por meio de seu Presidente, Paolo Zupo Mazzucato, brasileiro, advogado, OAB/MG n.º 92.959 e CPF n.º 028.998.796/26, em atenção à **Consulta Pública da Secretaria de Direito Econômico n.º 17, de 28 de setembro de 2011**, apresentar seus comentários à minuta do Projeto de Lei que altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.

De Belo Horizonte/MG para Brasília/DF, 28 de outubro de 2011



Paolo Zupo Mazzucato
Presidente
Comissão Permanente de Estudos
de Direito da Concorrência e da Regulação Econômica



Comissão
Permanente de Estudos
de Direito da Concorrência
e Regulação Econômica

**COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI DA SECRETARIA
DE DIREITO ECONÔMICO QUE ALTERA DISPOSITIVOS
DAS LEIS N.º 8.137/90, 8.666/93 E 8.884/94**

**Comissão Permanente de Estudos de Direito da Concorrência e da Regulação Econômica da Ordem
dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais**

Presidente

Paolo Zupo Mazzucato

Vice-Presidente

Arthur Villamil Martins

Membro-Honorário

Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Membros-Colaboradores

Beatriz Gontijo de Brito

Carlos Eduardo do Nascimento

Daniel Corrêa

Daniilo Ferraz Cordova

Elisa Silva Ribeiro Baptista de Oliveira

Jeaner Luis de Paula Silva

Mateus Simões de Almeida

Paulo Márcio Reis Santos

Renato Dolabella Melo

| Lei 3137/90 | Projeto de Lei SDE | Comentário OAB/MG |
|--|--|---|
| <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:</p> <p>a) ajuste ou acordo de empresas;</p> <p>b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;</p> <p>c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;</p> <p>d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;</p> <p>e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;</p> <p>f) 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>§ 1º A multa prevista no <i>caput</i> terá valor fixado entre R\$ 300.000,00 (trezentos mil) e R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de Reais).</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>§ 1º A multa prevista no <i>caput</i> terá valor fixado entre R\$ 300.000,00 (trezentos mil) e R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de Reais).</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Em linhas gerais, verifica-se que o Projeto da SDE aumenta o rigor na repressão a cartéis, que permanecem tipificados como crimes e tem suas penalidades aumentadas, e descriminaliza os ilícitos antitruste de menor potencial ofensivo ou mesmo figuras que não constituem infrações, a exemplo de atos de concentração (inciso I, alíneas “b” e “c”); • Multa e pena privativa de liberdade serão aumentadas e passam a ser cumulativas; • Nova sanção, também cumulativa: interdição de direitos; • Pena privativa de liberdade para cartéis tem o mesmo tratamento conferido a crimes assimilados ao de moeda falsa; • Nova redação promoveu uma junção do teor do inciso I com alíneas “a” e “f” e revogou as alíneas “b”, “c”, “d” e |

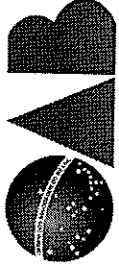
| | | |
|--|---|---|
| <p>III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;</p> <p>IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;</p> <p>V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;</p> <p>VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;</p> <p>VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.</p> <p>VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. <u>(Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)</u></p> <p>Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.</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>“e”, além dos incisos de III a VII;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mudança positiva: cartéis não geram eficiências e a reincidência tem se demonstrado elevada em jurisdições em que a conduta é punida apenas na esfera administrativa com a aplicação de sanções pecuniárias, a exemplo da União Europeia.; • Mudança negativa: as diferentes espécies de penas de interdição de direitos são, por si só, inconstitucionais ao atentarem contra a liberdade de iniciativa e de exercício de atividade profissional, além de não haver qualquer limitação temporal. Vale fazer o registro de que a Lei n.º 6.385/76 (Lei do Mercado de Capitais) faculta à CVM aplicar a sanção de inabilitação temporária para o cargo de administrador de companhia aberta, o que, apesar de rigor quase draconiano, não impede por completo o exercício de uma atividade profissional por parte do condenado e está limitada a, no máximo, 20 anos. • Redação deficiente: o que se deve entender por “sociedades sujeitas a esta Lei” (inciso II)? A redação dá a |
|--|---|---|



| | | |
|---|--|--|
| <p>Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:</p> <p>I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;</p> <p>II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;</p> <p>III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;</p> <p>IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexecuto, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.</p> <p>Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.</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>entender que há algum tipo de sociedade não sujeito ao alcance da Lei n.º 8.137/90, o que não ocorre.</p> <ul style="list-style-type: none">• Mudança positiva: o Projeto da SDE, como já observado, descriminaliza os ilícitos antitruste de menor potencial ofensivo e que possuem a capacidade de gerar eficiências compensatórias. |
|---|--|--|



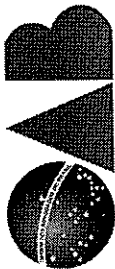
| | | |
|---|--|--|
| <p>Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:</p> <p>I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;</p> <p>II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;</p> <p>III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.</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> | <ul style="list-style-type: none">• Mudança <u>positiva</u>: o Projeto da SDE, como já observado, descriminaliza os ilícitos antitruste de menor potencial ofensivo e que possuem a capacidade de gerar eficiências compensatórias. |
| <p>Art. 9º A pena de detenção ou reclusão poderá ser convertida em multa de valor equivalente a:</p> <p>I - 200.000 (duzentos mil) até 5.000.000 (cinco milhões) de BTN, nos crimes definidos no art. 4º;</p> <p>II - 5.000 (cinco mil) até 200.000 (duzentos mil) BTN, nos crimes definidos nos arts. 5º 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> | <ul style="list-style-type: none">• Ao que parece, há um erro material na referência, por duas vezes, ao inciso I do art. 9º;• Mudança <u>negativa</u>: o Projeto da SDE impede o magistrado de converter a pena de reclusão em multa, o que, diante de circunstâncias específicas do caso concreto e ante a boa fé do |



| | | |
|---|--|---|
| <p>6°; III - 50.000 (cinquenta mil) até 1.000.000 (um milhão de BTN), nos crimes definidos no art. 7°.</p> | | <p>infrator, pode se revelar adequado.</p> |
| | <p>“Art. 17-A. A competência para julgar os crimes previstos no art. 4° será da Justiça Federal, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme. Parágrafo único. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes previstos no art. 4° 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> | <ul style="list-style-type: none"> • Dispositivo novo, atualmente não previsto na Lei n.º 8.137/90; • PLC n.º 06/09, no art. 121, atribui à Justiça Federal a competência para julgar os crimes dos artigos 5º e 6º: (Art. 121. A Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 16-A: "Art. 16-A. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a ordem econômica previstos no <i>caput</i> e nos arts. 5º e 6º desta Lei."); • Mudança positiva, ao solucionar questão controversa no Judiciário brasileiro e que não seria resolvida pelo PLC n.º 06/09. |
| <p>Lei n.º 8.666/93</p> | | |
| <p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do</p> | <p>Projeto de Lei SDE</p> | <p>Comentários</p> |
| | <p>“Art. 90. [...] Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Dispositivo, em coerência à pretendida alteração no art. 4º da Lei n.º 8.137/90, aumenta o rigor da repressão |

| | | |
|---|--|---|
| <p>procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> | <p>multa.</p> <p>§ 1º A multa prevista no <i>caput</i> terá valor fixado entre R\$ 500.000 (quinhentos mil) e R\$ 10.000.000,00 (dez 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>a cartéis;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Norma específica para licitações; • Modificação ocorre tendo em vista o aumento exponencial na detecção pela SDE e pelo Ministério Público de cartéis em licitações; • De detenção, passa para reclusão; • Flexibilidade: possibilidade de ajuste do valor da multa; • Abordagens díspares pelas Leis n.º 8.137/90 e 8.666/93: enquanto na primeira a pena privativa de liberdade está sujeita a um teto superior, na segunda a multa é que está compreendida em intervalos maiores. Em geral, crimes praticados contra a Administração Pública costumam receber tratamento mais rigoroso. A OAB/MG Concorrência e Regulação sugere à SDE que o Projeto preveja um tratamento mais coerente ao assunto e leve em consideração que não apenas cartéis em licitações se subsumem à norma, mas também outras condutas. |
|---|--|---|

| <p>Lei nº 8.884/94</p> | <p>Projeto de Lei SDE</p> | <p>Comentários</p> |
|---|---|--|
| <p>Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.</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 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> | <ul style="list-style-type: none"> • A OAB/MG Concorrência e Regulação entende que o dispositivo do Projeto de Lei da SDE está prejudicado em virtude da aprovação, pelo Congresso, da nova Lei Antitruste. |



| | | |
|--|--|--|
| | <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> | <ul style="list-style-type: none">• A OAB/MG Concorrência e Regulação entende que o dispositivo do Projeto de Lei da SDE está prejudicado em virtude da aprovação, pelo Congresso, da nova Lei Antitruste. |
| | <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> | <ul style="list-style-type: none">• A OAB/MG Concorrência e Regulação entende que o dispositivo do Projeto de Lei da SDE está prejudicado em virtude da aprovação, pelo Congresso, da nova Lei Antitruste. |