

# Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,  
Consumo e Comércio Internacional

Ano 3 número 1  
Janeiro 2012

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,  
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

**REVISTA DO IBRAC**

Presidente: Tito Andrade

Diretora de Publicações: Leonor Cordovil

Editor assistente: José Carlos Busto

**Conselho Editorial:** Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 3 número 1  
Janeiro de 2012

**SUMÁRIO****ATOS DE CONCENTRAÇÃO E A SUPERINTENDÊNCIA-GERAL NA  
LEI 12.529/11**

João Paulo Garcia Leal ..... 4

**O ACORDO DE LENIÊNCIA NA NOVA LEI DE DEFESA DA  
CONCORRÊNCIA**

Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra ..... 6

## ATOS DE CONCENTRAÇÃO E A SUPERINTENDÊNCIA-GERAL NA LEI 12.529/11

**João Paulo Garcia Leal<sup>1</sup>**

A nova lei de defesa da concorrência trouxe a possibilidade de aprovação de atos de concentração (ACs) ainda no âmbito da Superintendência-Geral (SG), sem a obrigatoriedade da apreciação destes pelo Tribunal (arts. 54 e 57).

Ao longo da tramitação do projeto de lei no legislativo, essa possibilidade deu margem a uma fundamentada preocupação, associada à concentração de poder em torno do superintendente e à eliminação da natureza colegiada das decisões proferidas pelo plenário do Cade (agora denominado Tribunal).

O texto final da Lei 12.529/11 parece ter estabelecido "travas" apropriadas e suficientes, uma vez que as decisões de aprovação de ACs pelo superintendente podem ser revistas pelo Tribunal, seja por recurso de qualquer terceiro interessado, seja por iniciativa de um dos conselheiros (art. 65).

Superada a preocupação inicial, persistem ao menos duas outras, talvez menores, sobre as relações entre SG e Tribunal. Faz-se referência aos prazos internos para instrução de casos complexos pela SG e às atribuições para negociação de "remédios" para aprovação de ACs.

Em versões anteriores do projeto de lei, tinham sido estabelecidos vários prazos internos a serem observados pela SG na instrução de ACs, o que acabava por reservar certo período para apreciação deles pelo Tribunal. A Lei 12.529/11, no entanto, eliminou-os. Afora o prazo máximo de 240 dias para a decisão final, a contar da notificação ou de sua emenda, não há previsão na lei de um prazo limite para que a SG decida-se pela aprovação ou impugnação do AC. Assim, em tese, a decisão pode chegar ao Tribunal no limite dos 240 dias, preservando apenas os prazos mínimos a serem observados pelo próprio Tribunal<sup>2</sup>. A depender do período de instrução, cuja extensão depende apenas da SG, pode ser razoavelmente exíguo o tempo disponível para que o Tribunal conheça e eventualmente instrua o processo antes da decisão final.

É correta a eliminação de múltiplos prazos internos, muitos dos quais referentes a andamentos processuais de menor importância, que poderiam engessar a instrução. Todavia, o prazo limite para remissão do processo ao Tribunal não pode ser decidido discricionariamente pela SG.

Quanto aos "remédios" para aprovação de ACs, o texto aprovado pela Câmara (art. 92) dispunha que a SG poderia negociar "Acordos em Controle de

---

<sup>1</sup> Economista. Sócio da EDAP | Edgard Pereira & Associados (<http://www.edap.com.br>).

<sup>2</sup> Principalmente, os 30 dias previstos para que as empresas envolvidas ofereçam defesa contra a decisão de impugnação pela SG e os 15 dias para interposição de recurso por terceiros ou advocação pelo Tribunal de decisões da SG pela aprovação do AC.

Concentrações" (ACCs), a nova e infeliz denominação do termo de compromisso de desempenho. A negociação ocorreria antes da impugnação do AC pelo superintendente e teria a participação do conselheiro-relator. Eventual acordo seria submetido ao Tribunal para aprovação. O artigo foi vetado, de forma que resta na Lei apenas a declaração geral de competência dos conselheiros (art. 11) e da SG (art. 13) para propor e do plenário do Tribunal (art. 9º) para decidir pela aprovação dos ACCs. Não há, portanto, uma divisão de atribuições entre SG e conselheiros para condução de negociações de "remédios", nem a definição do momento processual de seu início, fatos que trazem incertezas para as partes envolvidas e, possivelmente, ineficiências.

Pensando em uma possível regulação do procedimento pelo Tribunal, convém eliminar a hipótese de as partes interagirem simultaneamente com dois interlocutores, SG e conselheiro-relator, sem que haja uma relação hierárquica definida. Ademais, assim como ocorre em outras jurisdições, a divulgação de um sumário das preocupações concorrenciais vislumbradas e dos possíveis "remédios" (*statement of objections*) é importante para que as partes possam engajar-se na proposição de uma solução tendo um mínimo de clareza acerca das questões envolvidas. Seria interessante que isso fosse feito antes da impugnação da operação pela SG, resguardando o momento seguinte, já no âmbito do Tribunal, para o eventual aperfeiçoamento do acordo alcançado na SG.

# O ACORDO DE LENIÊNCIA NA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra<sup>1</sup>

## 1. Introdução

O acordo de leniência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 2000<sup>2</sup>, quando a Lei nº 8.884/1994 passou a atribuir à Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) a competência para celebrá-lo. A criação desse instrumento se insere na política de combate aos cartéis, estabelecida como prioridade na atuação da SDE. Desde a celebração do primeiro acordo de leniência em 2003<sup>3</sup>, a SDE tem utilizado esse recurso para detectar e punir cartéis.

A Lei nº 12.529/2011 trouxe algumas mudanças em relação ao acordo de leniência disposto na Lei nº 8.884/1994 com o intuito de aumentar sua eficácia. Assim, cabe analisar brevemente as mudanças mais relevantes que serão implementadas pelo novo diploma.

## 2. A importância do acordo de leniência para o combate aos cartéis

Atualmente, o principal foco de atuação da SDE é o combate a cartel, por ser considerado a conduta mais lesiva à concorrência e, conseqüentemente, ao consumidor. Além dos altos prejuízos que inflige à sociedade, trata-se de uma das condutas mais difíceis de detectar, o que acentua o seu potencial nocivo. Por essa razão, as autoridades de defesa da concorrência necessitam de instrumentos que facilitem a detecção da prática e obtenção de provas para puni-la. Assim, além do acordo de leniência, o legislador também concedeu às autoridades outros instrumentos para facilitar a persecução de condutas anticompetitivas, como a busca e apreensão e o termo de compromisso de cessação (“TCC”).

No acordo de leniência, o agente infrator recebe diversas vantagens, como redução ou isenção total da pena em âmbito administrativo e, em alguns casos, criminal, em troca da delação do cartel e seus participantes, assim como o fornecimento de provas para a devida condenação da prática.

Para poder celebrar o acordo de leniência, o infrator deve atender às seguintes condições legais: (i) ser o primeiro a propor o acordo; (ii) cessar completamente

---

<sup>1</sup> Advogado e estagiário, respectivamente, do escritório Tauil & Chequer Advogados associado a Mayer Brown LLP.

<sup>2</sup> A Lei nº 8.884/1994 foi alterada em 2000 por meio da Medida Provisória 2.055, depois convertida na Lei nº 10.149/2000.

<sup>3</sup> Processo administrativo nº 08012.001826/2003-10 (cartel dos vigilantes). As informações obtidas pela SDE por meio do acordo de leniência auxiliaram na condenação do cartel pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em 2007.

seu envolvimento na prática; (iii) confessar a sua participação no ilícito; e (iv) cooperar plena e permanentemente com as investigações. Respeitadas essas condições pelo candidato, a autoridade somente aceitará a celebração do acordo caso não possua provas suficientes para assegurar a condenação dos infratores.

Exige-se que o candidato à leniência seja o primeiro a propor o acordo, a fim de incentivar que o cartel seja rapidamente desmembrado e causar insegurança entre seus membros. A possibilidade de um dos integrante do cartel apresentar-se às autoridades de defesa da concorrência rapidamente para não perder a oportunidade de celebrar acordo de leniência pode gerar instabilidade à prática. Adicionalmente, requer-se que o proponente confesse sua participação no cartel e cesse completamente seu envolvimento na prática. Ademais, para que o acordo de leniência alcance seus objetivos, as autoridades de defesa da concorrência não aceitam a sua celebração caso já possuam provas suficientes para assegurar a condenação dos infratores.

Ainda que sua proposta de acordo de leniência seja recusada, o infrator também possui a opção da leniência adicional (*leniency plus*). Por meio desse instituto, o agente envolvido em prática ilícita e que não conseguiu celebrar acordo de leniência pode delatar alguma outra infração que faça parte (desconhecida da autoridade concorrencial), podendo obter redução de 1/3 (um terço) da pena em relação à primeira infração, sem prejuízo dos benefícios possivelmente obtidos em relação à delação adicional.

A legislação oferece incentivos para que a sua celebração seja vantajosa para o delator. Nesse sentido, as autoridades de defesa da concorrência adotam as medidas necessárias para que, por exemplo, o TCC não ofereça mais vantagens do que o acordo de leniência. Da mesma forma, a assinatura de TCC torna-se mais difícil em casos em que houve celebração de acordo de leniência.

Assim, as mudanças trazidas pela Lei nº 12.529/2011 ao instituto da leniência tendem a aumentar os incentivos para que seja utilizado de forma mais ampla por agentes infratores, conferindo maior eficácia ao programa de leniência e combate aos cartéis.

### **3. Mudanças da Lei nº 12.529/2011**

Dentre as mudanças introduzidas pela Lei nº 12.529/2011 ao programa de leniência, destacam-se: (i) a não-vedação para que o líder do cartel celebre acordo de leniência; (ii) extensão dos benefícios da leniência às sociedades do grupo econômico do agente infrator; (iii) isenção de persecução criminal em relação aos crimes tipificados na Lei nº 8.666/1993 e no Código Penal; e (iv) impossibilidade de celebração de novo acordo de leniência por 3 (três) anos em caso de descumprimento de suas disposições.

Sob a Lei nº 8.884/1994, o líder do cartel era expressamente proibido de celebrar acordo de leniência<sup>4</sup>. Não obstante a dificuldade de, em alguns casos, determinar quem comanda o cartel<sup>5</sup>, em outros o articulador pode ser detectado com facilidade. Sem a vedação expressa da celebração de acordo de leniência pelo líder, há o aumento do número de possíveis delatores de cartéis.

Outro aspecto importante trazido pela Lei nº 12.529/2011 é a extensão dos benefícios da leniência às empresas do mesmo grupo econômico<sup>6</sup>. Tal disposição poderá gerar maior incentivo a agentes que se encontrem em cartéis ao lado de suas afiliadas para propor acordo de leniência às autoridades de defesa da concorrência. Isso também poderá permitir, por exemplo, que sociedades estrangeiras controladoras de agentes infratores no Brasil proponham acordo de leniência e evitem punição substancial às suas controladas.

A Lei nº 12.529/2011 também amplia o benefício da isenção penal dada ao agente que celebrar o acordo de leniência, incluindo expressamente nas hipóteses de extinção da punibilidade, além dos crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990 (que já eram previstos no artigo 35-C da Lei nº 8.884/1994), os crimes tipificados na Lei nº 8.666/1993 e no artigo 288 do Código Penal (crime de formação de quadrilha). O principal aspecto a ser destacado nessa alteração é a inclusão, nas hipóteses de extinção de punibilidade, dos crimes tipificados na Lei nº 8.666/1993. A repressão a condutas anticompetitivas adotadas no âmbito de licitações é uma preocupação crescente da SDE e continuará sendo objeto de atenção da Superintendência-Geral do CADE<sup>7</sup>. Portanto, essa modificação poderá auxiliar as autoridades a detectar mais condutas anticompetitivas em licitações. Por fim, a Lei nº 12.529/2011 proíbe a celebração, por 3 (três) anos, de novo acordo de leniência por aqueles que não cumprirem as suas disposições<sup>8</sup>. A nova regra poderá incentivar os agentes beneficiários da leniência a cumprir suas disposições com maior rigor, evitando assim o desperdício de recursos pelas autoridades em acordos não cumpridos.

---

<sup>4</sup> “Art. 35-B [...] § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária”.

<sup>5</sup> Segundo o documento “Programa de Leniência”, divulgado pela SDE em fevereiro de 2008, “a SDE reconhece que em muitos cartéis não é possível identificar facilmente seu líder”.

<sup>6</sup> “Art. 86 [...] § 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas”.

<sup>7</sup> Cf. WERNECK, Bruno Dario; COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. Práticas anticompetitivas em licitações no Brasil. *Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC*. Ano 1, número 8. Outubro de 2010.

<sup>8</sup> “Art. 86 § 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento”.

#### 4. Conclusão

As mudanças que serão implementadas pela Lei nº 12.529/2011 em relação ao acordo de leniência buscam aprimorar a utilização desse mecanismo eficiente de defesa da concorrência. Esse instrumento é essencial para o sucesso da política de combate aos cartéis das autoridades de defesa da concorrência brasileiras. O acordo de leniência também continua sendo uma boa opção para agentes envolvidos em cartéis, que podem, em alguns casos, obter isenção total de punição no âmbito administrativo e criminal.

Com aumento do aparato e da equipe do CADE, espera-se crescimento significativo da aplicação (*enforcement*) da legislação concorrencial. Portanto, o fortalecimento do acordo de leniência deverá repercutir na celebração de novos acordos e, conseqüentemente, na condenação de condutas anticompetitivas, em razão da cooperação dos lenientes.