

**COMENTÁRIOS CONJUNTOS DA SEÇÃO DE DIREITO ANTITRUSTE, DA
SEÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL E DA SEÇÃO DE JUSTIÇA
CRIMINAL DA AMERICAN BAR ASSOCIATION SOBRE A CONSULTA
PÚBLICA NO. 16/2009 DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO -
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**

Setembro de 2009

As opiniões expressas neste documento estão sendo submetidas exclusivamente em nome das referidas Seções. Tais opiniões não foram aprovadas pelo Conselho de Delegados ou pela Junta Diretora da American Bar Association e, portanto, não devem ser interpretadas como representativas da política adotada pela American Bar Association.

A Seção de Direito Antitruste, a Seção de Direito Internacional e a Seção de Justiça Criminal (juntas, as “Seções”) da American Bar Association (“ABA”) agradecem a oportunidade de apresentar seus comentários à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça do Brasil (“SDE”) sobre a proposta de portaria, apresentada na forma da Consulta Pública nº 16, de 20 de agosto de 2009 (“Proposta de Portaria”).

Os membros associados às Seções somam mais de 33.000 advogados, economistas e outros profissionais de mais de 45 países, embora a maioria seja dos Estados Unidos. As Seções esperam e pretendem com esses comentários auxiliar a SDE na sua análise e redação final da portaria submetida à consulta pública. Esses comentários foram elaborados do ponto de vista das Seções e fundamentam-se no desenvolvimento histórico do direito antitruste nos EUA com relação a questões afins. Esses comentários também se baseiam na experiência dos membros das Seções que atuam em direito antitruste na Europa e outras jurisdições, inclusive no Brasil.

Sumário Executivo

Os comentários das Seções estão direcionados às normas que regem o programa de leniência da SDE. As Seções parabenizam a SDE pela melhora nos principais elementos de um programa de leniência eficaz: transparência, previsibilidade, oferecimento de incentivos e estímulos necessários para a autodenúncia e a cooperação, e a preservação da confidencialidade e do sigilo.

As Seções apóiam a aceitação pela SDE de um processo de proposta oral de celebração de acordo de leniência, que estimula a cooperação plena e evita a criação de materiais desnecessários e potencialmente incriminadores, que poderiam ensejar custos e riscos externos para os participantes. No entanto, uma vez concedida a leniência, o participante do programa deve assinar um acordo ao qual a SDE anexa a chamada “declaração de histórico de conduta”. Sugerimos que a SDE reconsidere a necessidade de apresentação dessa declaração, ou que pelo menos limite significativamente a declaração, visto que esta poderá constituir um desestímulo considerável à cooperação por muitos candidatos à leniência.

As Seções recomendam algumas alterações à Proposta de Portaria a fim de aumentar a transparência e a previsibilidade. A SDE deveria considerar a possibilidade,

por exemplo, de disponibilizar mais informações sobre o conteúdo obrigatório e os procedimentos de elaboração da declaração de histórico de conduta, e esclarecer os prazos e os procedimentos dentre os quais os Ministérios Públicos poderão participar do processo de leniência. Além disso, recomendamos que a SDE esclareça as formas de cooperação que poderão ser solicitadas antes e após a assinatura do acordo de leniência, e as condições para os pedidos de autorização para a troca de documentos e informações com as autoridades antitruste de outras jurisdições.

As Seções apresentam comentários específicos sobre determinados dispositivos da Proposta de Portaria. Com relação ao Artigo 60, parágrafo 1º, por exemplo, as Seções sugerem que a SDE considere a inclusão de uma disposição que permita que outras pessoas físicas sejam incluídas como partes do acordo de leniência após sua assinatura pela empresa proponente, mas antes do término das investigações da SDE.

As Seções sugerem que, na medida em que isso seja permitido pela legislação brasileira, a SDE considere autorizar o chamado “monitoramento consensual”, que muitas vezes envolve a participação dos candidatos à leniência na coleta de provas por meio de gravações eletrônicas (de áudio ou vídeo) de discussões e/ou acordos entre concorrentes envolvidos na conduta ilegal em andamento.

Visando a melhorar o sistema de senhas previsto no Artigo 62 da Proposta de Portaria, as Seções recomendam que a SDE aceite a consulta prévia / anônima como meio de estimular a denúncia de acordos ilegais, e considere revisar o parágrafo 2º do Artigo 62 a fim de estimular as partes a fornecerem voluntariamente informações sobre pedidos de imunidade apresentados em outras jurisdições.

As Seções conclamam a SDE (i) a reconhecer sua preferência por provas pré-existentes (em detrimento de transcrições de declarações verbais), em relação ao Artigo 64 da Proposta de Portaria; (ii) a confirmar a discricionariedade desta Secretaria quanto à prorrogação do período de negociação da leniência, quando apropriado; (iii) a permitir a renúncia ao prazo de um ano para a celebração do acordo de leniência; (iv) a esclarecer que tipos de documentos devem ser apresentados à SDE para comprovar a conduta ilegal e o momento adequado para a sua apresentação (seja antes, simultaneamente ou em momento posterior à assinatura do acordo de leniência); (iv) a estabelecer os procedimentos aplicáveis em caso de violação ao acordo de leniência, esclarecendo que as partes infratoras serão obrigadas a sanar imediatamente a violação, sob pena de revogação da imunidade condicional; e (v) a deixar claro que, embora uma empresa tenha a obrigação de envidar seus melhores esforços para obter a cooperação de seus conselheiros, diretores e empregados, a eventual recusa de cooperação por parte de qualquer desses indivíduos não prejudicará o pedido de leniência da empresa.

Sobre a divulgação de documentos apresentados por proponentes, as Seções apresentam várias recomendações com vistas a (i) esclarecer os tipos de materiais que deverão ser divulgados, observando-se o devido processo legal; (ii) orientar sobre as restrições que poderão se aplicar à utilização desses materiais por co-investigados, incluindo a obrigação de os documentos serem utilizados apenas para fins de elaboração de defesa no processo movido pela SDE; (iii) reforçar a proteção conferida aos documentos e informações do candidato à leniência que sejam considerados “comercialmente sensíveis” e (iv) estabelecer uma presunção contra a divulgação de

materiais de leniência (em substituição ao texto atual, que parece estabelecer uma presunção em favor da divulgação).

Por fim, as Seções recomendam que a SDE esclareça com mais detalhes os critérios a serem adotados para determinar o nível de redução que será aplicado às multas em casos de imunidade parcial.

I. Introdução

As Seções parabenizam a SDE pela revisão da Portaria MJ nº 4/2006 visando à melhoria dos processos administrativos conduzidos pela SDE e ao mesmo tempo apresentando esclarecimentos úteis às práticas administrativas existentes. Trata-se de metas importantes, que aumentarão a eficácia da aplicação da lei, proporcionarão maior transparência quanto à política e à prática de aplicação da lei, aumentarão o grau de previsibilidade para as partes envolvidas nesses processos e seus advogados e, de modo geral, beneficiarão os consumidores brasileiros.

As Seções direcionaram seus comentários ao Capítulo VII do Título II, que estabelece as normas que regem o programa de leniência da SDE (“Programa de Leniência”). Como programas de leniência foram inicialmente estabelecidos pela legislação antitruste norte-americana e os EUA ainda são o país com mais experiência nessa questão, as Seções acreditam que a experiência de seus membros nessa área específica do direito antitruste poderá ser útil à SDE na finalização da Proposta de Portaria.

Um programa de leniência eficaz é essencial para o sucesso das iniciativas de detectar, processar e coibir cartéis. A possibilidade de obtenção de imunidade muitas vezes leva os membros de cartéis a revelarem sua conduta às autoridades antes mesmo de iniciada uma investigação, o que é de grande valia para as iniciativas de aplicação da lei das autoridades governamentais. Em outros casos, a possibilidade de concessão de imunidade induz empresas e indivíduos sob investigação a abandonarem suas atividades ilícitas e fornecerem provas contra outros membros do cartel.¹ Esses comentários consideram que os elementos essenciais de um programa de leniência eficaz são a transparência, a previsibilidade, o oferecimento dos incentivos e estímulos necessários para a auto-denúncia e a cooperação, e a preservação de confidencialidade e sigilo.²

Primeiro, as Seções apresentam comentários gerais acerca do Programa de Leniência, conforme descrito na Proposta de Portaria, para em seguida abordar determinados dispositivos da própria Proposta de Portaria.

¹ Scott Hammond, Diretor de Execução Penal, Divisão Antitruste, Departamento de Justiça dos EUA, *Cornerstones of an Effective Leniency Program*, Workshop da ICN sobre Programas de Leniência, (22 de novembro de 2004) (“Cornerstones”), disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm>.

² *Cornerstones, supra* (nota 37; 14). Ver também, *Comentários Conjuntos da Seção de Direito Antitruste e da Seção de Direito Internacional da American Bar Association sobre a Proposta de Regulamentação do SAIC para a Proibição de Atos de Acordos Monopólio e de Abuso de Posição Dominante*, 29 de maio de 2009, em 7, 28, disponível em <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2009/05-09/comments-saic.pdf>.

II. Comentários Gerais

A Proposta de Portaria compreende uma série de melhorias ao sistema pré-existente previsto na Portaria MJ nº 4/2006. Por exemplo, a Seção II do Programa de Leniência agora reconhece e esclarece a possibilidade de o candidato à leniência obter uma “senha” se estiver considerando apresentar uma proposta, mas ainda não possui informações e documentos suficientes para garantir a imunidade condicional. Embora as Seções entendam que o Brasil já possui um “sistema de senhas”, o estabelecimento de normas e procedimentos mais específicos a serem observados pelas partes que desejem obter uma senha representa uma iniciativa bastante útil e necessária. Com efeito, as Seções acreditam que a maior transparência do sistema de senhas do Brasil contribuirá para desestabilizar ainda mais a atuação dos cartéis, e oferecerá ainda mais incentivos para que as empresas ajam imediatamente ao descobrir provas que sugiram a existência de um cartel.

As Seções também parabenizam a SDE pela iniciativa de detalhar as disposições obrigatórias dos acordos de leniência (artigo 73 da Proposta de Portaria). Estas disposições promovem uma maior transparência e previsibilidade e tendem a tornar o programa mais eficaz.

As Seções aplaudem o Artigo 64, inciso V, que prevê que a Secretaria produzirá um relatório escrito acerca de uma proposta oral de celebração de acordo de leniência somente quando a pedido do proponente. O reconhecimento pela SDE das questões sensíveis que decorrem da existência de registros escritos relativos a pedidos de leniência reflete um entendimento da necessidade de equilibrar os incentivos aos candidatos à leniência e os objetivos da autoridade, de modo a beneficiar a eficácia geral do programa da SDE no combate a cartéis. Porém, a disponibilidade de um procedimento exclusivamente verbal limita-se ao processo de proposta, visto que uma vez concedida a imunidade, o proponente é obrigado a assinar um acordo que, entre outras coisas, inclui uma declaração que detalha o histórico da conduta. Sugerimos que a SDE considere rever essa exigência, visto que a criação de um registro escrito é uma questão muito delicada para a maioria dos candidatos à leniência. Um registro escrito formal de informações incriminadoras poderá ensejar custos e riscos muito maiores para o candidato à leniência caso esses registros fiquem posteriormente sujeitos a um procedimento de *discovery* no âmbito de processos cíveis em outras jurisdições. Esses custos e riscos adicionais poderão desestimular candidatos potenciais de apresentarem-se para cooperar com a SDE. Considerando que o intuito de qualquer programa de leniência é reduzir ou eliminar os riscos e custos enfrentados pelo membro de um cartel a fim de promover a denúncia e, conseqüentemente, permitir a investigação dos outros participantes do cartel, os aspectos do programa de leniência que impõem riscos e custos desnecessários ou excessivos aos candidatos potenciais à leniência são contra-producentes e prejudicam a eficácia geral do programa.

A maioria das jurisdições concluiu ser desnecessário o registro escrito de uma proposta de acordo de leniência para uma investigação eficaz de um cartel, visto que o processo de leniência garante que a agência não processará o candidato que apresentar as declarações, e que as declarações não são úteis como provas diretas contra as outras partes. As Seções considerariam preferível que a exigência de declarações escritas fosse totalmente suprimida (ou seja, que se tornasse opcional), mas se a SDE acreditar que

essas declarações são úteis para a investigação, pedimos que considerem a possibilidade de minimizar as declarações escritas exigidas, de forma consistente com a necessidade de provas da SDE.

A experiência em outras jurisdições vem mostrando que a transparência e a previsibilidade são essenciais para um programa de leniência eficaz. A Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA já reconheceu que “a [t]ransparência não só é essencial para estabelecer a confiança entre advogados de defesa e a comunidade empresarial de que a Divisão oferece tratamento proporcional e equitativo aos infratores à legislação antitruste, mas também é fundamental para garantir a cooperação dos infratores.”³ “Para maximizar as metas de transparência, as autoridades devem não apenas apresentar padrões e políticas claramente definidos, mas também explicações claras sobre os critérios das autoridades para a aplicação desses padrões e políticas.”⁴ Isso é especialmente verdade em uma jurisdição como o Brasil, onde a possibilidade de proposta de acordo de leniência é um recurso relativamente novo. O estabelecimento de regras claras e abrangentes para o Programa de Leniência ajudará a facilitar essa meta e tenderá a ensejar um número crescente de pedidos de imunidade que levem a um maior número de processos bem-sucedidos contra cartéis. A Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network* - “ICN”) concorda com essa opinião, e já observou que “[u]m requerente deve ser capaz de prever com grande certeza como ele será tratado se denunciar a conduta e quais serão as conseqüências se ele não o fizer.”⁵

Desse ponto de vista, as Seções remetem-se a vários aspectos do sistema de leniência do Brasil que poderão beneficiar-se de uma maior clareza da Proposta de Portaria, de modo a dar a potenciais candidatos à leniência mais certeza e confiança na previsibilidade do resultado caso peçam imunidade e cumpram todas as exigências do Programa de Leniência. Uma empresa que pedir imunidade será obrigada a revelar informações extremamente sigilosas e danosas sobre a sua conduta comercial à autoridade antitruste. Conforme observado acima, para induzir as empresas a revelarem informações danosas dessa importância, uma política de leniência — e as práticas da autoridade competente — devem ser o mais transparentes e previsíveis possível. A possibilidade de empresas pedirem imunidade é proporcional à sua capacidade de prever, com razoável certeza, como serão tratadas pela autoridade competente caso cumpram as condições da política.⁶

Nesse contexto, sugerimos que a SDE considere ampliar a Proposta de Portaria com relação à chamada “declaração de histórico de conduta”. As Seções entendem que

³ Scott D. Hammond, Vice-Procurador Geral Adjunto, Divisão Antitruste, Departamento de Justiça dos EUA, *The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits for All*, Discurso perante a Comissão de Concorrência da OCDE (17 de outubro de 2006), disponível para consulta em <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.htm>.

⁴ *Id.* Na pág. 6.

⁵ Ver International Competition Network, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, *Elaboração e Implementação de um Programa de Leniência Eficaz*, Abril de 2006, capítulo 2, página 3.

⁶ Ver, e.g., Scott Hammond, Diretor de Execução Penal, Divisão Antitruste, Departamento de Justiça dos EUA, *Cornerstones*, *supra*, pág. 2 (“Os requerentes de anistia potenciais se apresentarão proporcionalmente à previsibilidade e certeza sobre a sua aceitação no programa. Se não for possível a uma empresa prever como será tratada em razão de sua confissão corporativa, nossa experiência sugere que as chances de ela denunciar sua conduta imprópria despencam, especialmente se não houver uma investigação governamental em andamento. A incerteza no processo de qualificação destrói um programa de anistia.”).

a SDE costuma elaborar uma declaração de histórico de conduta que resume as informações apresentadas pelo candidato à leniência sobre a conduta anticompetitiva denunciada. A declaração de histórico de conduta é assinada pelo Secretário de Direito Econômico na data de assinatura do acordo de leniência e constitui um de seus anexos. Considerando a importância da declaração de histórico de conduta, e tendo em vista as preocupações observadas acima sobre os custos e riscos potencialmente impostos aos candidatos à leniência em razão da existência de declarações escritas, as Seções sugerem que a SDE apresente mais informações sobre os procedimentos de elaboração do histórico de conduta, seu conteúdo obrigatório e os procedimentos relativos ao seu manuseio e disseminação.

As Seções entendem que um acordo de leniência no Brasil requer a assinatura do Ministério Público para que as pessoas envolvidas obtenham imunidade contra sanções penais. A Proposta de Portaria se beneficiaria de uma explicação mais detalhada dos prazos e procedimentos dentro dos quais os Ministérios Públicos podem participar do processo de leniência. As Seções sugerem ainda que a SDE esclareça a sua posição sobre qual dos Ministérios Públicos deve participar do acordo de leniência: se o Ministério Público Federal ou o Ministério Público Estadual.

Embora a Proposta de Portaria afirme claramente que espera a plena cooperação dos candidatos à leniência ao longo de todo o processo⁷, seria interessante que a SDE explicasse melhor que formas de cooperação poderão ser solicitadas antes e após a assinatura do acordo de leniência. Isso pode ser feito com a inclusão de exemplos na Proposta de Portaria (por exemplo, apresentar quaisquer provas que os requerentes tenham dos efeitos das atividades de cartel no território brasileiro, ajudar, na medida do possível, a identificar o endereço atual de outros membros do cartel, apresentar testemunhas que a SDE possa entrevistar para obter mais informações etc.). Embora referida lista não seja exaustiva, ao apresentar exemplos, a SDE aumentaria a transparência do Programa de Leniência, tornando-o assim mais atraente para empresas e indivíduos que estejam pensando em apresentar um pedido de imunidade no Brasil. Isso é consistente com a recomendação da ICN no sentido de que o candidato “disponibilize de forma plena e verdadeira as provas ou informações requeridas para que o candidato se qualifique para, ou fundamente o pedido de imunidade e tratamento leniente.”⁸

Por fim, a SDE deve apresentar mais orientações sobre os pedidos de autorização para a troca de documentos e informações com as autoridades antitruste de outras jurisdições. A prática geral das autoridades antitruste dos EUA vem sendo a de tratar a identidade de, e as informações disponibilizadas por candidatos à leniência como assuntos confidenciais, e elas normalmente não divulgam a autoridades antitruste estrangeiras as informações obtidas de um candidato à leniência a menos que este autorize previamente essa divulgação. Essa política contribui para maximizar os incentivos para que as empresas se apresentem e denunciem as próprias infrações contra a legislação antitruste. Praticamente todas as outras jurisdições que já consideraram

⁷ Ver Artigo 73, IX, alíneas (d), (e) e (f).

⁸ Ver Rede de Concorrência Internacional, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Elaboração e Implementação de um Programa de Leniência Eficaz, Abril de 2006, capítulo 2, página 4.

essa questão adotaram uma política similar.⁹ Portanto, sugerimos que a SDE: (1) esclareça quando e em que circunstâncias ela poderá pedir a autorização prévia dos candidatos à leniência para realizar tais trocas, estabelecendo que nenhuma troca será feita sem essa autorização; (2) esclareça que a concessão dessa autorização não constituirá uma condição para a obtenção da imunidade condicional (ou seja, condição prévia para a assinatura do acordo de leniência); (3) declare que os documentos ou informações trocadas com as autoridades de outras jurisdições em razão de uma autorização desse tipo não serão usados contra o candidato à leniência caso o pedido de imunidade não seja concedido ao final do processo; e (4) informe as circunstâncias, se houver, em que ela consideraria aceitar uma autorização limitada (por exemplo, uma autorização concedida estritamente para a troca de informações sobre questões processuais).

III. Comentários sobre Dispositivos Específicos

Abaixo, as Seções apresentam, respeitosamente, comentários específicos sobre determinadas dispositivos da Proposta de Portaria.

A. Seção I, Artigo 60, Parágrafo 1º

Este dispositivo exige que os empregados e ex-empregados envolvidos no ilícito que acompanharão uma empresa na proposta de acordo de leniência assinem o acordo de leniência juntamente com a empresa, e ao mesmo tempo em que a empresa assina o acordo, como condição para receberem a mesma proteção a ser conferida à empresa. Esta disposição difere consideravelmente dos programas de leniência de outras jurisdições no sentido de que não existe qualquer disposição que permita que outros empregados interessados em cooperar adiram ao programa após a assinatura do acordo de leniência. As Seções entendem que a exigência de que os empregados interessados em cooperar sejam incluídos no acordo de leniência está incorporada na legislação antitruste brasileira (Lei no. 8.884, de 11 de junho de 1994). As Seções sugerem, respeitosamente, que a SDE considere se seria possível incluir na Proposta de Portaria uma disposição que permita que pessoas físicas sejam admitidas como partes do acordo de leniência após sua assinatura inicial pela empresa proponente (através de uma alteração ao acordo de leniência inicial ou de um acordo separado com os empregados), mas antes do término das investigações da SDE.

Na experiência das Seções, a identificação pela empresa proponente de todos os seus empregados atuais e/ou ex-empregados que participaram de um cartel pode levar muito tempo, mesmo quando são feitos esforços diligentes para investigar os fatos subjacentes. Normalmente, esse processo se estenderia para além do início da investigação mais aprofundada da infração pela SDE, que costuma ter início após a assinatura do acordo de leniência. Ao cooperar com a investigação, é possível ou até mesmo provável que a empresa proponente acabe por identificar outras pessoas que participaram da conduta ilícita. Essas pessoas se qualificariam para o tratamento

⁹ Ver Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, “Perguntas Frequentes sobre o Programa de Leniência da Divisão Antitruste e Modelos de Cartas de Leniência (18 de novembro de 2008)”, Pergunta 33, disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239583.htm>.

leniente em outras jurisdições, inclusive nos Estados Unidos, desde que aceitassem cooperar com a(s) investigação(ões) nessas outras jurisdições.

Os termos da Proposta de Portaria, porém, parecem sugerir que os indivíduos que só vierem a ser identificados apenas em uma fase posterior não teriam a opção de aderir ao acordo de leniência. Conseqüentemente, seu incentivo para cooperar com a SDE seria consideravelmente menor, quando não totalmente eliminado. Se isso acontecesse, as Seções acreditam que a SDE perderia uma valiosa fonte de informações e/ou documentos sobre o cartel. Além disso, ao exigir que todos os indivíduos assinem o acordo juntamente com a empresa proponente, sob pena de perder a oportunidade de ganhar imunidade, a Proposta de Portaria poderá obrigar as empresas proponentes a atrasarem a apresentação de seus pedidos, prejudicando ainda mais a capacidade da SDE de combater a conduta ilícita eficientemente.

Por fim, o Parágrafo 1º do Artigo 60 prevê que a SDE poderá se recusar a aceitar a participação de empregados e ex-empregados da empresa proponente no acordo de leniência se ela acreditar que a sua participação possa “comprometer a investigação”. No interesse da transparência, a SDE deve explicar em que circunstâncias ela poderá concluir que a participação de quaisquer indivíduos comprometeria a investigação. As Seções observam, nesse sentido, que, segundo os procedimentos adotados nos EUA, os empregados atuais ganham imunidade quando atendem a determinadas condições, que incluem a sua “cooperação plena, contínua e integral” e “a admissão do conhecimento de, ou de participação em, a atividade anticompetitiva.” As obrigações específicas de cooperação dos indivíduos incluem a apresentação de documentos, registros e outros materiais e informações; a participação em entrevistas; e a apresentação de depoimentos. O Departamento de Justiça dos EUA reserva-se o direito de revogar a imunidade com relação a qualquer indivíduo que ele “determine ter ensejado a perda do direito à imunidade do requerente empresarial, que tenha continuado a participar da atividade anticompetitiva denunciada depois que a empresa tenha tomado providências para encerrar sua participação na atividade e notificado o indivíduo para que cessasse a sua participação na atividade, ou que tenha obstruído ou tentado obstruir a investigação da atividade anticompetitiva a qualquer tempo, independente de ter a obstrução ocorrido antes ou após a data da carta de requerimento de imunidade corporativa condicional.”¹⁰

B. Seção I, Artigo 61, Subparágrafo III

As Seções endossam esta disposição, que exige que os candidatos à leniência cessem a sua participação no cartel como condição para assinar um acordo de leniência com a SDE. Sugerem, contudo, na medida em que isso seja permitido pela legislação brasileira, que a SDE considere a inclusão de outra disposição a fim de garantir a preservação de provas e o tratamento de situações que envolvam o chamado “monitoramento consensual.” Nos Estados Unidos, um candidato à leniência que se apresenta com um pedido que envolva uma conduta vigente é muitas vezes solicitado e estimulado – embora nunca obrigado – a aceitar participar de monitoramento consensual. Isso costuma envolver a coleta clandestina de provas por meio de gravações eletrônicas (de áudio ou vídeo) de discussões e/ou acordos entre os concorrentes envolvidos na conduta ilícita. O Departamento de Justiça dos EUA

¹⁰ Ver Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, “Perguntas Frequentes sobre o Programa de Leniência da Divisão Antitruste e Modelos de Cartas de Leniência (18 de novembro de 2008)”, Pergunta 30, disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239583.htm>.

frequentemente qualifica as informações obtidas dessa forma entre as provas mais importantes para o processamento de membros de cartéis. Poderão surgir conflitos, no entanto, quando jurisdições estrangeiras apresentarem exigências inflexíveis de que o candidato à leniência cesse imediatamente a sua participação na conduta ilícita.¹¹ Além disso, destaque-se, a cessão imediata da conduta poderá levar os outros membros do cartel a desconfiarem, o que poderá resultar na destruição de provas importantes e no enfraquecimento dos casos a serem processados.

Por essas razões, sugerimos que a SDE considere a inclusão de uma ressalva como “salvo conforme instruído ou autorizado pela SDE”, ou termos similares, a fim de garantir a preservação das provas e a oportunidade de realização de monitoramento consensual nas jurisdições que permitam essa prática.

C. Seção II, Artigo 62

Conforme mencionado, as Seções aplaudem o fato de o Programa de Leniência reconhecer claramente a existência de um sistema de senhas no Brasil. Está provado que um sistema de senhas claro e eficaz é um elemento crucial dos programas de leniência nos Estados Unidos e outras jurisdições. Existem várias formas de melhorar potencialmente o sistema de senhas descrito no Artigo 62 da Proposta de Portaria.

Primeiramente, o Artigo 62 não estabelece se um candidato à leniência pode consultar de forma anônima se ele seria o primeiro a denunciar a própria conduta à SDE. Conforme observado pela ICN, a consulta prévia / anônima é aceita em várias jurisdições como um meio de permitir que empresas e indivíduos travem um diálogo inicial que muitas vezes resulta em um pedido de imunidade.¹² A SDE deve considerar a possibilidade de adotar essa abordagem, visto que estimularia a denúncia de cartéis no Brasil.

O Parágrafo 2º do Artigo 62 exige que a parte que requer a senha informe as outras jurisdições em que requereu ou está pensando em requerer imunidade. As Seções não têm conhecimento dessa exigência em outras jurisdições. É comum que os requerentes de senhas sejam perguntados se apresentaram pedidos de imunidade em outras jurisdições, mas não são obrigados a prestar essa informação como condição para o recebimento de uma senha. O funcionamento dos cartéis costuma ser complicado, e as condutas ilícitas em várias jurisdições podem estar relacionadas ou ser totalmente distintas. Muitos fatores podem influenciar se e quando um candidato à leniência procurará uma determinada jurisdição. Além disso, algumas jurisdições, como a Comunidade Européia, proíbem que um candidato à leniência, sem um consentimento expresso, divulgue o fato de ser um candidato à imunidade.¹³ Sendo assim, se um pedido de imunidade foi apresentado primeiramente à Comunidade Européia e esse consentimento não for obtido, isso teoricamente impediria o candidato de requerer imunidade no Brasil, ou de fazê-lo com o risco de perder o direito de imunidade na Comunidade Européia. Por todas essas razões, sugerimos que a SDE considere a

¹¹ Ver Rede de Concorrência Internacional, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Elaboração e Implementação de um Programa de Leniência Eficaz, Abril de 2006, capítulo 2, página 10.

¹² Ver Rede de Concorrência Internacional, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Elaboração e Implementação de um Programa de Leniência Eficaz, Abril de 2006, capítulo 2, página 5.

¹³ Ver o Aviso da Comissão sobre a Isenção a multas e a redução de multas em processos envolvendo cartel (2006/C 298/11), Seção 12, item (a).

possibilidade de revisar o Parágrafo 2º, a fim de estabelecer que as partes são estimuladas a apresentar informações sobre pedidos de imunidade apresentados voluntariamente em outras jurisdições, em vez de ser-lhes exigido isso como condição prévia para o recebimento de uma senha.

O Parágrafo 3º do Artigo 62 prevê que a SDE poderá conceder um prazo de até 30 dias para que o candidato à leniência perfaça a senha, ou seja, para que ele apresente uma proposta de acordo de leniência à SDE. As Seções consideram esse prazo uma meta inicial razoável, mas acreditam também que um período de 30 dias será muitas vezes insuficiente para permitir ao candidato à leniência colher as informações e documentos necessários à apresentação da proposta. A SDE deveria considerar a inclusão de uma disposição na Proposta de Portaria que permita à agência conceder uma prorrogação ao candidato, a critério da agência, em circunstâncias justificadas.

D. Seção III, Artigos 63 e 64

As Seções apóiam a aceitação pela SDE de processo de proposta oral de celebração de acordo de leniência, conforme descrito nos Artigos 63 e 64 da Proposta de Portaria. Um processo “sem papel” permite que o candidato à leniência coopere plenamente com a investigação da SDE sem a criação de materiais incriminadores adicionais e desnecessários, que podem impor custos e riscos externos adicionais aos candidatos, conforme observado acima. Nesse sentido, evita colocar o candidato em uma situação pior do que os membros de seu cartel que não estão cooperando (por exemplo, em termos de responsabilidade civil) em virtude da sua cooperação com a SDE.

Por essas razões, as Seções sugerem que a SDE considere meios alternativos de obtenção de provas “oficiais” do candidato à leniência, incluindo documentos pré-existentes ou outras provas documentais similares obtidas com a ajuda do candidato à leniência, e que ela abra mão de utilizar a transcrição da declaração verbal do requerente como prova. A SDE deveria estabelecer sua preferência por provas pré-existentes (em detrimento das transcrições de declarações verbais), nos termos do Artigo 64 da Proposta de Portaria. Isso tornaria o Programa de Leniência mais atraente para os candidatos potenciais, o que, por sua vez, tenderia a aumentar a eficácia do programa da SDE.

E. Seção III, Artigo 65, título

As Seções sugerem que a SDE inclua a palavra “escrita” depois da palavra “proposta” para especificar que esse Artigo se refere exclusivamente a propostas escritas, e não a propostas orais, tratadas no Artigo 64.

F. Seção III, Artigo 67

Este Artigo prevê um prazo de até seis meses para a conclusão da proposta de celebração de acordo de leniência. Consta que esse prazo passa a contar a partir da apresentação da proposta de acordo de leniência (conforme previsto nos Artigos 64 e 65), e não a partir do pedido de senha (Artigo 62). Para um melhor entendimento, as Seções acreditam que seria conveniente incluir uma referência aos Artigos 64 e 65 no Artigo 67. Além disso, a SDE poderá incluir uma disposição que estabeleça o direito da

agência de prorrogar esse prazo de modo a permitir maior flexibilidade em algumas situações. Por razões similares, a SDE deveria considerar a inclusão de uma disposição que contemplasse uma renúncia potencial ao prazo limite de um ano para a celebração do acordo de leniência, conforme previsto no Artigo 67. Em ambos os casos, seria conveniente que a SDE estabelecesse que os prazos de 6 meses e 1 ano devem ser observados e que as partes não devem esperar exceções a não ser em situações excepcionais.

Da mesma forma, a SDE deve esclarecer que, de acordo com o Artigo 67, um proponente poderá alterar o escopo de seu pedido até a data de assinatura do acordo de leniência. Isso abordaria a situação de conduta relacionada que venha a ser descoberta pelo proponente após a apresentação de sua proposta, consoante o Artigo 64 ou 65. Isso também estimularia a investigação contínua de fatos que poderiam auxiliar as tentativas da SDE de descobrir e processar condutas ilícitas adicionais, como as de um determinado cartel em outra linha de produtos ou segmento.

G. Artigo 73

O Artigo 73 esboça as disposições que todo acordo de leniência deve apresentar.¹⁴ Conforme a sugestão apresentada acima, na seção de “comentários gerais” no sentido de que as declarações escritas sejam eliminadas ou pelo menos minimizadas, as Seções sugerem que a palavra “detalhada” seja removida do Artigo 73, incisos IV e X, (a). Além disso, seria interessante a SDE especificar que a descrição de conduta deve limitar-se ao seu nexu no território brasileiro. Isso limitaria o impacto das propostas de celebração de acordo de leniência no Brasil em outras jurisdições, estimulando, portanto, os proponentes potenciais a apresentarem seus pedidos no Brasil.

O Artigo 73, inciso IX, (b), impõe que o requerente apresente à SDE todos e quaisquer documentos em seu poder que possam provar a conduta ilícita. As Seções sugerem que a SDE apresente exemplos de documentos que ela gostaria de obter (por exemplo, e-mails, anotações em reuniões), bem como orientações sobre o momento em que estes devem ser apresentados (se antes, simultaneamente com, ou após a assinatura do acordo de leniência).

Além disso, a SDE deve definir os procedimentos aplicáveis em caso de violação ao acordo de leniência, estabelecendo que qualquer parte que infrinja um acordo de leniência deverá sanar a violação imediatamente, sob pena da revogação potencial da imunidade condicional. A SDE poderá ainda especificar, nos termos do Artigo 73, que uma empresa deverá envidar seus melhores esforços para garantir a cooperação de seus conselheiros, diretores, empregados, mas que a recusa em cooperar de quaisquer tais indivíduos não prejudicará o pedido da empresa. Essa disposição vem garantindo ao Departamento de Justiça dos EUA a flexibilidade necessária para manter a situação de imunidade de empresas que optem por cooperar, ao mesmo tempo em que permite a instauração potencial de processo também contra empregados e ex-empregados que optem por não cooperar.

¹⁴ O Artigo 73 consta da Seção III – Do instrumento de acordo. Parece-nos que esta Seção deveria ser a de número “IV,” e não III, visto que a Seção anterior, que trata da proposta de acordo de leniência, está identificada como Seção III. Da mesma forma, a Seção IV, que relaciona os benefícios advindos do cumprimento do acordo de leniência, deveria ser renumerada como Seção V.

Por fim, o Artigo 73, inciso IX, (f) cita outras autoridades além da SDE que poderão participar do acordo de leniência. Por uma questão de transparência, as Seções acreditam que a SDE deve fornecer mais informações sobre as outras autoridades que podem assinar o acordo de leniência e as circunstâncias em que essas outras autoridades poderão se envolver.

H. Artigo 74

O Artigo 74 prevê que a identidade do beneficiário deve ser mantida em sigilo até que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) divulgue uma decisão final sobre o assunto investigado. Esta disposição é consistente com as normas relativas à confidencialidade adotadas por outras jurisdições. Além disso, ela é consistente com as práticas recomendadas pela ICN.¹⁵ As Seções aplaudem a previsão clara da SDE nesse aspecto.

As Seções observam, no entanto, que o Artigo 74, Parágrafo 1º, inclui disposições amplas sobre a divulgação de materiais aos representados em processos administrativos, ou seja, a co-investigados. O Parágrafo 1º prevê que os co-investigados devem ter acesso à documentação relevante associada à infração sob investigação, quando esse acesso for considerado necessário para garantir o devido processo legal e proteger os direitos de defesa desses co-investigados.

Embora as Seções reconheçam que o devido processo legal poderá exigir que os representados tenham acesso a documentos disponibilizados pelo beneficiário a fim de que esses possam exercer devidamente o seu direito de defesa, o texto específico do Parágrafo 1º é demasiadamente amplo e não parece fazer distinção entre os tipos de materiais que poderão ter que ser divulgados e os materiais que não terão que ser divulgados para os fins do devido processo legal. As Seções acreditam que seria conveniente descrever em maior detalhe os fatores que poderiam se aplicar à determinação dos documentos que poderão ou não ser divulgados, bem como as circunstâncias que poderiam levar a SDE a permitir o acesso a eles. Uma sugestão é que os representados sejam autorizados a examinar os documentos, mas não a retirar ou fazer cópias dos mesmos. Essa restrição poderá limitar a disponibilidade dos documentos para uso em processos cíveis, o que estimularia empresas a pedir imunidade.

Além disso, a Proposta de Portaria não parece definir que limitações, se houver, seriam aplicáveis à utilização pelos co-investigados de quaisquer documentos obtidos por eles consoante o Parágrafo 1º. Um beneficiário provavelmente teria preocupações consideráveis se esses documentos pudessem ser divulgados por um co-investigado a terceiros ou usados em processos no exterior, aumentando assim os custos e riscos potenciais do candidato à leniência (por exemplo, em processos cíveis ou em processos junto a um órgão governamental de outra jurisdição).

Para minimizar esses custos e riscos, a SDE poderia considerar ao menos incluir uma disposição no Artigo 74, determinando que os representados não utilizem a documentação obtida consoante o Parágrafo 1º para outros fins que não a sua defesa no

¹⁵ Ver Rede de Concorrência Internacional, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Elaboração e Implementação de um Programa de Leniência Eficaz, Abril de 2006, capítulo 2, página 8.

processo movido pela SDE, e que não sejam utilizados para outros fins, inclusive, entre outros, em conexão com investigações ou processos em curso em outras jurisdições.

Da mesma forma, as Seções observam que o Parágrafo 2º do Artigo 74, que prevê que a SDE deve tratar como confidenciais a documentação e as informações disponibilizadas pelo beneficiário que sejam considerados “comercialmente sensíveis”, não apresenta orientações significativas quanto às restrições à utilização dessas informações. De acordo com a Proposta de Portaria, a relação da documentação e informações “comercialmente sensíveis” é bastante limitada.¹⁶

As Seções acreditam que a colocação de limites razoáveis à divulgação de materiais incriminadores e comercialmente sensíveis reduziria a probabilidade de que os candidatos potenciais à leniência evitem se apresentar por medo de se verem obrigados a assumir riscos e custos excessivos em outros foros (ou seja, em outras jurisdições ou ações cíveis) em razão de sua proposta de leniência no Brasil, estimulando assim a denúncia de atividades ilícitas nos termos do programa de leniência. As Seções receiam que as disposições sobre divulgação e confidencialidade do Artigo 74, conforme redigidas, não ofereçam o equilíbrio mais eficaz entre os incentivos e os riscos trazidos pela leniência ao candidato potencial e, portanto, insistem que a SDE reavalie esse artigo à luz dessas questões.

A ICN endossa uma abordagem que favoreça uma presunção contra a divulgação de informações apresentadas por um candidato à leniência. As orientações da ICN reforçam que “é boa prática manter quaisquer informações disponibilizadas pelo candidato à leniência em sigilo a menos que o candidato autorize a divulgação ou que a agência seja obrigada por lei a divulgar as informações.”¹⁷ A ICN reconhece que a confidencialidade é necessária para amainar o receio de que as informações sejam usadas em processos movidos por danos entre particulares ou compartilhadas com outras agências governamentais, nacionais ou estrangeiras, que venham a utilizar essas informações contra o candidato. Além disso, a ICN reconhece que uma das grandes preocupações capazes de impedir candidatos potenciais de denunciar suas próprias condutas ilícitas é o risco de que as informações e a documentação disponibilizadas na jurisdição em que a imunidade seja concedida sejam requeridas em outras jurisdições.¹⁸

Considerando o disposto acima, as Seções sugerem que a SDE considere a revisão de suas disposições de confidencialidade e divulgação de modo a esclarecer que existe uma presunção contra a divulgação de materiais de leniência (ao contrário da previsão atual, que parece estabelecer uma presunção em favor da divulgação), salvo na medida necessária para a devida administração da justiça, incluindo o direito dos representados à ampla defesa, e a ampliação da proteção conferida a informações e documentos apresentados pelos candidatos à leniência.

¹⁶ Ver, para fins de exemplificação, os Artigos 26 e 28.

¹⁷ Ver Rede de Concorrência Internacional, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Elaboração e Implementação de um Programa de Leniência Eficaz, Abril de 2006, capítulo 2, página 8.

¹⁸ Ver Rede de Concorrência Internacional, “Anti-Cartel Enforcement Manual”, Elaboração e Implementação de um Programa de Leniência Eficaz, Abril de 2006, capítulo 2, página 5.

I. Artigo 75

O Artigo 75, inciso II, prevê que o CADE reduzirá em um terço a dois terços as multas que seriam aplicáveis ao beneficiário. Esta disposição só será aplicável aos casos em que a SDE tinha conhecimento prévio da conduta denunciada pelo beneficiário.

A SDE deve descrever os critérios que adotará para a recomendação ao CADE do nível de desconto a ser aplicado em determinados casos. Esses critérios devem incluir, entre outros, a importância das informações e provas disponibilizadas pelo beneficiário e o grau de cooperação durante o processo. Ao definir esses critérios, a SDE aumenta a transparência e a previsibilidade do Programa de Leniência e, assim, a frequência com a qual ela será procurada por candidatos potenciais à leniência.

IV. Conclusão

As Seções esperam que a SDE considere esses comentários úteis. Permanecemos à disposição para responder a qualquer pergunta e prestar qualquer assistência adicional à SDE na finalização da Proposta de Portaria.