



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO PERMANENTE DE DIREITO EMPRESARIAL

PARECER sobre o PL do Senado Federal que pretende alterar preceitos da Lei da Defesa da Concorrência

Ementa: Projeto de Lei do Senado Federal que pretende alterar os artigos 47 e 85, além de incluir os artigos 46-A e 47-A na Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) prevendo novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. a. Quanto à alteração proposta ao art. 47 (inserção de parágrafos), não vimos nenhuma incompatibilidade legal ou inconstitucional; No que tange ao art. 46-A que se quer adicionar ao diploma, também não vimos nenhuma incompatibilidade legal ou inconstitucional; no entanto, recomendamos ao legislador uma redação mais clara quanto à questão da ciência inequívoca; Concernentemente à introdução do art. 47-A, devemos advertir que encontramos uma incompatibilidade com o vigente sistema de tutelas do Código de Processo Civil, sendo aconselhável, que, ao invés de fazer referência ao dispositivo 311 do CPC, o art. 47-A seja alterado de forma a ficar claro que se trata de uma nova modalidade de concessão de tutela de evidência liminarmente; Ainda quanto ao art. 47-A do PL, é de se ver que, independentemente do exposto acima, parece aconselhável também que a redação deixe clara a circunstância de que, a despeito de considerar a decisão do Plenário do CADE suficiente para concessão de tutela de evidência, o faça mediante análise do documento e não por mera alusão ou fundamentação per relationem, visto que, com a atual redação, confronta com o art. 93 inciso IX da Carta. Por fim, tangentemente ao pretendido parágrafo 16 do art. 85, parece que aqui o dispositivo incide, a despeito de sua louvável intenção, em clara hipótese de contrariedade ao texto constitucional, com destaque para o inciso XXXV do art. 5º de nossa Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de solicitação de parecer acerca do Projeto de lei que pretende inserir modificações na Lei 12.529/2011, com destaque para a alteração dos arts. 47 e 85 do aludido diploma além da inclusão do que seriam os arts. 46-A e 47-A.



2. A indicação se deu por autoria do culto integrante desta Comissão, Professor, Dr. José Gabriel Assis de Almeida.
3. Ao signatário coube a confecção do presente parecer.
4. É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Da alteração do art. 47

5. No que tange à questão do art. 47 da Lei 12529/11 (que cuida do que denomina de *direito de ação*), eis sua atual redação:

*Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no 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 inquérito ou processo administrativo**, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.*

6. Na verdade, o art. 47 tem profunda relação com o art. 36 da mesma lei, cuja redação do *caput* ora se transcreve:

*Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, **ainda que não sejam alcançados**:*

7. Percebe-se que o transcrito art. 36 trata das infrações à ordem econômica inserindo um vértice de responsabilidade objetiva (*independentemente de culpa*), com desvalia no que concerne à forma como que venha a ser praticada a conduta. Demais disto, parece cuidar de infrações de dano e de perigo (*que tenham por objeto ou possam produzir*) e, para aquelas (infrações de dano), punindo a mera tentativa (*ainda que não sejam alcançados*).

8. Em sentido semelhante¹:

¹ Cordovil, Leonor [et al.]. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada - Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Há questionamentos acerca da constitucionalidade ou não deste dispositivo diante da



O coração da ação repressiva da Lei 8.884/1994, o seu art. 20, é reproduzido pela Lei 12.529/2011, em seu art. 36.

De acordo com a redação de ambas as leis, é indiferente, na apuração de prática de uma infração à ordem econômica, a existência de culpa ou dolo. É a responsabilidade objetiva prevista expressamente pela legislação, com a única exceção observada à prática de infração pelo administrador, quando deve ser verificada, no mínimo, a existência de culpa (art. 37, III).

9. A alteração que se deseja fazer no dispositivo acima é a inclusão de 4 (quatro) parágrafos. Tais parágrafos fazem remissão expressa a determinados itens do art. 36. Daí que apresentaremos a proposta de alteração de forma combinada com o mencionado art. 36. E, para fins de maior clareza, o faremos por meio de tabelas:
10. Proposta de inserção do parágrafos 1º a 4º para o art. 47:

Proposta de alteração do art. 47 da Lei (transcrição)	Dispositivo referido do art. 36 da Lei (transcrição)
<p>§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em <u>dobro</u> pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, <u>sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.</u></p> <p>§ 2º <u>Não se aplica o disposto no § 1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido</u></p>	<p>§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:</p> <p>I - <u>acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:</u></p> <p>a) os <u>preços de bens ou serviços ofertados individualmente;</u></p> <p>b) a produção ou a comercialização de uma quantidade <u>restrita ou limitada de bens</u> ou a prestação de um número, volume ou frequência</p>

redação do art. 173 parágrafo 4º da Carta, que menciona que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. Mas, por fugir à temática específica da presente peça, nela não adentraremos.



declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.

§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, cabendo a prova ao réu que o alegar.” (NR)

restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

11. O parecer do relator assim se referiu às mudanças propostas acima:

Com relação à alteração no art. 47, são inseridos os novos §§ 1º ao 4º que dispõem, essencialmente, que haverá ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de combinação de preços ou de promoção ou obtenção ou de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.

12. E destacamos o seguinte trecho:

Entretanto, não se aplicará a pena em dobro ou responsabilização solidária aos coautores que tiverem celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Ademais, prevê-se que não será presumido o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica aqui referidas.

13. O que quer parecer é que o PL quer tratar é do instituto do *nudge* – que consiste, em rápidos termos, no direcionamento das condutas do mercado por meio de incentivos ou sanções. Assim, o infrator que estabelecer acordo de leniência ficaria livre do ônus



da indenização em dobro, ao passo que a ele ficaria obrigado o infrator que não tiver realizado o acordo.

14. Este tipo de mecanismo já é utilizado em nosso direito, principalmente no âmbito do direito regulatório, tendo sido recebido sem maiores controvérsias, no geral.

II.2. Da inserção do art. 46-A

15. Concernentemente à inserção do art. 46-A, é preciso atentar, antes, para a redação do art. 46:

Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

*§ 3º **Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.***

*§ 4º **Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.***

16. Não é difícil se observar que o art. 46 trata da questão prescricional contrária à Fazenda, estabelecendo não somente o seu prazo, como também hipóteses de interrupção e suspensão. Cuida também da prescrição intercorrente e da aplicação dos preceitos sobre prescrição em matéria punitiva penal quando a conduta também esteja penalmente tipificada.

17. Veja-se agora a alteração pretendida com a inserção do art. 46-A:



Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47 desta Lei, não correrá a prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade.

§ 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.”

18. O primeiro detalhe a ser observado é que o art. 46-A **não cuida da prescrição sancionatória do CADE, mas**, isto sim, **da prescrição da pretensão ressarcitória** dos prejudicados.
19. O segundo é o de que a existência de processo administrativo no âmbito do CADE impedirá a fluência da prescrição.
20. Dependendo da situação concreta o *caput* poderá funcionar como causa de impedimento da suspensão (semelhante ao que ocorre no arts. 197/200 do Código Civil) ou como causa de interrupção ou suspensão da prescrição.
21. Isto porque o prejudicado poderá ter ciência inequívoca comprovada antes do antes da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE, ou mesmo antes do início do referido processo sancionatório. Assim sendo, iniciar-se-ia a contagem para o prazo prescricional quinquenal.
22. Mas restaria a questão de se saber se o início do processo administrativo repressivo no CADE seria causa de suspensão ou de interrupção do tal prazo. Possivelmente tratar-se-ia de caso de suspensão do prazo prescricional, à semelhança do que ocorre nos arts. 197/199 do Código Civil.
23. Por outro lado, seria possível considerar que o preceito traz, neste ponto, uma verdadeira ficção legal. Isto é dizer: a *ciência inequívoca* referida no *caput* e parágrafo 2º como sendo a publicação da decisão final pelo CADE seria a única ciência inequívoca considerada pela lei para efeitos prescricionais.
24. Esta última hipótese parece mais condizente com nosso sistema jurídico, à semelhança do que ocorre com o art. 200 do Código Civil (*Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva*



ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva). Não se trata da mesma situação, evidentemente, mas há semelhanças que aconselhariam tal posicionamento.

II.2.3 Da inserção do art. 47-A

25. No que tange à inclusão do art. 47-A, identifica-se uma remissão ao art. 93 do diploma, ora transcrito:

Art. 93. A decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

26. A decisão do Plenário se dá após um processo administrativo que, ao menos como plasmado na lei, respeita as garantias constitucionais de ampla defesa, do devido processo legal.

27. O art. 9º da lei enumera as competências do Plenário do CADE. Não parece difícil se deduzir que o art. 93 não faz referência às decisões do Plenário na prática de todas as competências inseridas no mencionado art. 9º, porque nem todas elas cominam multa ou impõem obrigação de fazer ou não fazer.

28. Assim, parece-nos que o art. 93 se refere aos seguintes incisos do art. 9º:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...)

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

(...)

VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;

(...)

X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando,



quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;

XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;

(...)

XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

29. É importante ainda ter em mente o parágrafo 2º do art. 9º:

§ 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em **seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.**

30. Neste andar, pode-se agora apreciar a proposta de inserção do art. 47-A do PL em análise:

Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei.

31. Destarte, o 47-A faz remissão ao art. 93, o qual, por sua vez, englobaria as competências dos incisos II, III, IV, VI, X, XI e XIX do art. 9º.

32. O dispositivo faz referência à *tutela de evidência*, subespécie de tutela provisória – conforme art. 294 do Código de Processo Civil.

33. Já o art. 311 do CPC prevê:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

34. O *caput* se desdobra em 4 (quatro) incisos, com um arremate no parágrafo único.

35. Parece que a hipótese na qual se enquadraria a disposição do art. 47-A mais perfeitamente seria a do inciso IV:

(...)

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do



autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

36. Isto porque o inciso II, que pareceria adequado, poderá ser utilizado, mas nem sempre, como pode se distinguir:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

37. Isto porque a lei exige não somente que as alegações de fato devem ser comprovada apenas documentalmente, mas também que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

38. Ora, nem toda decisão do CADE/Plenário terá correspondência em temas de recursos repetitivos ou de súmulas vinculantes.

39. E, dentre os incisos II e IV, o parágrafo único do art. 311 do CPC somente permite decisão liminar ao juízo no caso do inciso II.

40. Com efeito, o inciso IV, pela própria dinâmica nele contida, cuida de tutela concedida incidentalmente e não liminarmente, como quer fazer crer o art. 47-A.

41. Assim, uma de duas.

42. Ou o art. 47-A não se encaixa no modelo processual vigente que prestigia também o contraditório, com destaque para o art. 9º que determina que *não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*, abrindo exceção, na tutela de evidência, apenas para os incisos II e III do art. 311 (inciso II do p.u. do art. 9º do CPC) e poderá ser acoimado de inconstitucional por violação aos referidos princípios constitucionais. (O parágrafo único do art. 311 possui a mesma redação).

43. Ou ele estabelece uma exceção à logica processual em vigor, prevendo, ainda que não expressamente, prevê uma hipótese de tutela de evidência concedida liminarmente – ou seja *in limine litis* i. é no início da lide – sem oitiva da parte contrária.

44. Por outro lado, o juiz, a seguir a expressão do PL, simplesmente faria remissão à decisão do CADE encartada nos autos. Parece, porém, que, ao menos, deve ser ele exposto no



sentido de ter analisado o documento, tendo em vista a necessidade de o Poder Judiciário se manifestar, *per se*, nas suas decisões (e não simplesmente fazer alusões) sob pena de se ferir o princípio da fundamentação constitucionalmente assegurado.

45. Ademais disto, resta evidente que, se este for o caso, deverá a decisão do juízo em tutela de evidência estar acompanhada do documento aludido quando da citação/intimação da parte.
46. O trecho corresponsivo do parecer do relator não auxilia muito. Consigna:

Adicionalmente, dispõe o projeto que a decisão do Plenário do Tribunal do Cade que comina multa ou impõe obrigação de fazer ou não fazer é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência – a qual é apresentada no art. 311 do Código de Processo Civil – permitindo assim ao juiz decidir liminarmente nas ações de indenização por perdas e danos frente a práticas que constituam infração da ordem econômica.

47. Como visto, a despeito de até fazer referência ao art. 311 do CPC, não enfrenta a questão ora apresentada.
48. O dispositivo, como escrito, consigne-se, além do que já foi exposto, poderia vir a consistir numa hipótese de fundamentação *per relationem*, com violação do art. 93, IX da Constituição.
49. A matéria comporta uma certa controvérsia, no entanto, parece predominar o entendimento de que não se pode fazer uma fundamentação *per relationem* sem um mínimo de fundamento próprio que seja.²

² No âmbito do STJ: enquanto a Quinta Turma legitimou no caso do recorrente a adoção de parecer ministerial sem qualquer fundamentação específica, a Sexta Turma condiciona a validade da fundamentação *per relationem* ao acréscimo de fundamentação. Conforme decidido no AREsp nº 836.281/RS, julgado pela Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, não pode o acórdão utilizar-se da inteireza do parecer do MP " **sem agregar qualquer fundamento próprio, mínimo que fosse, proceder este que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais**, e que se afasta do entendimento adotado nesta Corte Superior a respeito do tema. De fato, este Tribunal Superior admite a técnica de fundamentação denominada *per relationem* ou *aliunde*, hipótese em que o ato decisório se reporta a outra decisão ou manifestação existente nos autos e as adota como razão de decidir. Não obstante, em respeito ao postulado constitucional da necessidade da motivação adequada e suficiente das decisões judiciais, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, exige-se do magistrado certa dose de fundamentação própria, concreta, ainda que sucinta, a respeito das alegações trazidas pela parte no corpo do recurso aviado, situação



II.2.4 Da inserção do art. Parágrafo 16 no art. 85 da Lei

50. No que respeita a esta alteração, lembre-se que o art. 85 trata dos compromissos de cessação de conduta. São inúmeros parágrafos que tentam disciplinar de forma exaustiva a questão. O PL em apreço propõe a adição de um parágrafo número 16 ao mencionado art. 85, com a seguinte redação:

*§ 16. O termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário **incluirá obrigação do compromissário de submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição.***

51. Fácil se deduzir que torna a arbitragem obrigatória para o infrator no caso do prejudicado respectivo desejar usar o respectivo instituto.

52. Parece que aqui o dispositivo incide, a despeito de sua louvável intenção, em clara hipótese de contrariedade ao texto constitucional, com destaque para o inciso XXXV do art. 5º de nossa Constituição (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*).

CONCLUSÃO

inocorrente in casu, já que o Tribunal utilizou-se tão somente e exclusivamente do parecer ministerial, sem agregar, uma linha sequer que fosse, de fundamentação própria." Acolhendo os Embargos de Divergência, a Seção decidiu que a fundamentação 'per relationem' exige acréscimo de fundamentação e não pode se limitar a fazer remissão ministerial sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, pois não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais. (de acordo com Aury Lopes Jr e Alexandre Moraes da Rosa: Você sabe o que é fundamentação per relationem? <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/voce-sabe-fundamentacao-per-relationem#ftn2>



53. Diante de tudo o quanto restou acima exposto, entendemos, SMJ, que:

- a. Quanto à alteração proposta ao art. 47 (inserção de parágrafos), não vimos nenhuma incompatibilidade legal ou inconstitucional;
- b. No que tange ao art. 46-A que se quer adicionar ao diploma, também não vimos nenhuma incompatibilidade legal ou inconstitucional; no entanto, recomendamos ao legislador uma redação mais clara quanto à questão da ciência inequívoca;
- c. Concernentemente à introdução do art. 47-A, devemos advertir que encontramos uma incompatibilidade com o vigente sistema de tutelas do Código de Processo Civil, sendo aconselhável, que, ao invés de fazer referência ao dispositivo 311 do CPC, o art. 47-A seja alterado de forma a ficar claro que se trata de uma nova modalidade de concessão de tutela de evidência liminarmente;
- d. Ainda quanto ao art. 47-A do PL, é de se ver que, independentemente do exposto acima, parece aconselhável também que a redação deixe clara a circunstância de que, a despeito de considerar a decisão do Plenário do CADE suficiente para concessão de tutela de evidência, o faça mediante análise do documento e não por mera alusão ou fundamentação *per relationem*, visto que, com a atual redação, confronta com o art. 93 inciso IX da Carta.
- e. Por fim, tangentemente ao pretendido parágrafo 16 do art. 85, parece que aqui o dispositivo incide, a despeito de sua louvável intenção, em clara hipótese de contrariedade ao texto constitucional, com destaque para o inciso XXXV do art. 5º de nossa Constituição (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*).

54. Assim, sua compatibilização não somente com o texto constitucional, mas com toda a sistemática já vigente em nosso direito somente se dará se acatadas as sugestões acima aventadas, tudo submetido ao alto julgamento desta Ilustre Comissão.

Rio de Janeiro, 29 de Março de 2022
Társis Nametala Jorge
Membro da Comissão de Direito Empresarial