

PARECER N° , DE 2009

Da COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009, *que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.*

RELATOR: Senador ROMERO JUCÁ

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009, incorpora Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, e ao Projeto de Lei nº 5.877, de 2005, de autoria do Poder Executivo, e tem por objetivo estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Na redação proposta, cento e vinte e oito artigos compõem o Projeto. Destacam-se, a seguir, sinteticamente, os dispositivos do Projeto, com ênfase nas alterações produzidas em relação ao ordenamento jurídico vigente.

Os art. 1º a 19 mantêm as atuais regras sobre aplicação territorial da Lei e reestruturam o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que passa a ser composto de um Tribunal Administrativo, uma Superintendência-Geral e um Departamento de Estudos Econômicos.

De forma genérica, pode-se afirmar que o Tribunal assume as atuais atribuições do Plenário do CADE, que são as de julgar os processos administrativos de infração à ordem econômica e de análise de atos de concentração econômica.

A Superintendência-Geral, por sua vez, assume as atribuições da atual Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), no que tange à defesa da concorrência. São, em regra, poderes para iniciar processos e conduzir investigações, a fim de colher provas de condutas e efeitos caracterizadores de infração à ordem econômica ou de danos derivados de concentrações empresariais.

Papel mais destacado foi conferido à Superintendência no tocante à análise de atos de concentração econômica: enquanto a Secretaria de Direito Econômico apenas confecciona parecer não vinculante, a Superintendência poderá propor acordo que altere os termos da união empresarial, a fim de que seja aprovada. Os termos do acordo serão analisados pelo Tribunal.

Destaca-se, ainda, que o Superintendente, ao contrário do atual Secretário de Direito Econômico, deterá mandato fixo, após regular nomeação pelo Presidente da República e aprovação do Senado Federal, da mesma forma que os Conselheiros do Tribunal interno ao CADE.

O Departamento de Estudos Econômicos possui função essencialmente técnica, sem que seu titular, o Economista-Chefe, possua poderes decisórios.

Ao lado do CADE, integra a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SAE), a qual deixa de elaborar pareceres em análise de atos de concentração econômica e passa a adotar, explicitamente, o papel de advocacia da concorrência, com ampla possibilidade de opinar sobre aspectos concorrenenciais de normas e políticas em vigor, em especial no que envolve as atribuições das agências reguladoras.

Ao Ministério Público Federal (art. 20) foi mantida a função de emitir parecer em processo administrativo que apure infração à ordem econômica, mas foi suprimida a sua participação nos atos de concentração econômica.

Acerca do controle de condutas anticoncorrenciais (arts. 31 a 45), também conhecido como análise das infrações da ordem econômica, quatro inovações merecem destaque em relação ao modelo em vigor.

Primeiro, foi suprimida, como infração, a conduta de impor preços excessivos, prevista no ordenamento em vigor (art. 21, inc. XXIV, da Lei nº 8.884, de 1994).

Segundo, foi criada a prescrição intercorrente no processo administrativo, a qual ocorrerá após três anos de processo paralisado, pendente de julgamento ou despacho.

Terceiro, foram ampliados os poderes do Secretário de Direito Econômico, hoje chamado Superintendente-Geral do CADE, para arquivar denúncias tratadas em procedimento preparatório de inquérito administrativo, sem que se possa recorrer de tal decisão ao Tribunal do CADE.

No caso de inquérito administrativo arquivado pelo Superintendente-Geral do CADE, foi suprimido o recurso de ofício cabível contra tal decisão no ordenamento em vigor. Pelo Projeto, poderá o Tribunal avocar o inquérito, mas nenhuma conduta comissiva é exigida do Superintendente-Geral do CADE no sentido de encaminhar o inquérito arquivado ao Tribunal.

E as denúncias oferecidas pelo Congresso Nacional ou por qualquer de suas Casas, as quais exigem instauração imediata de processo administrativo pelo ordenamento em vigor, passam a ser tratadas, pelo Projeto, como demandas a serem investigadas pelo Superintendente-Geral do CADE, por meio de processo ou de mero inquérito administrativo, este passível de arquivamento sumário por ato do Superintendente-Geral do CADE sem que recurso de ofício deva ser proposto perante o Tribunal.

Quarto, a medida preventiva passa a ser admissível não apenas no processo administrativo, mas também no inquérito administrativo. E também o compromisso de cessação de prática passa a ser adotável não apenas no processo administrativo, mas também no procedimento preparatório de inquérito e no inquérito administrativo.

Sobre o controle de atos de concentração econômica (arts. 53 a 65 e 88 a 92), o Projeto traz três expressivas inovações.

A primeira inovação reside no fato de que o controle passa a ser prévio, isto é, as empresas que intencionem promover união empresarial devem aguardar a decisão favorável do CADE antes de realizarem a concentração econômica.

Para tanto, o CADE, somadas as competências da Superintendência e do Tribunal, devem apreciar o pedido em até 240 dias, sob pena de aprovação automática da operação e apuração da responsabilidade civil, administrativa e penal dos membros do CADE. Tal prazo pode ser dilatado em até 60 dias a requerimento das empresas ou em até 90 dias a requerimento do Tribunal.

A segunda inovação permite que o CADE aprove atos de concentração econômica que causem danos graves e substanciais à concorrência, desde que eficiências econômicas (ganhos de produtividade e inovações tecnológicas) sejam produzidas pela união, garantido aos consumidores o repasse de parte relevante de tais benefícios. Pela Lei atual (Lei nº 8.884, de 1994), o CADE não pode autorizar uniões empresariais que causem danos exagerados à concorrência, ainda que ganhos de eficiência econômica sejam produzidos.

A terceira inovação é a que altera o critério de apresentação de uniões empresariais: suprime-se o critério de apresentação na hipótese de detenção de 20% ou mais de mercado relevante, bem como se exige que a empresa a ser adquirida possua, ao menos, faturamento de R\$ 30 milhões de reais.

A matéria foi distribuída à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática – CCT, à Comissão de Serviços de Infra-Estrutura, a esta Comissão de Assuntos Econômicos e, após a análise e votação, será encaminhada às Comissões de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, e de Constituição, Justiça e Cidadania.

Acerca das disposições finais e transitórias, merecem destaque a regra de vigência, proposta para 180 dias após a publicação, e a regra prevista no art. 114 do Projeto, a qual permite a manutenção do controle póstumo de apresentação dos atos de concentração econômica (situação em que a operação de união empresarial é realizada antes de sua aprovação pelo CADE), a critério do Tribunal, pelo prazo de 1 ano após a vigência da Lei, prazo esse que pode ser prorrogado pelo CADE se a dotação de recursos

financeiros e humanos consignados ao CADE for insuficiente à adoção eficaz do modelo de controle prévio de atos de concentração econômica.

O parecer apresentado e aprovado pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, de autoria do Senador Wellington Salgado, concluiu pela aprovação do PLC nº 6, de 2009, com vinte e oito emendas.

A primeira emenda altera a ementa do Projeto.

A segunda emenda suprime o § 6º do art. 6º, a fim de impedir o Presidente do Tribunal de nomear, por ato próprio e não sujeito a qualquer condição, servidor em exercício no CADE para o cargo de Conselheiro, enquanto perdurar a vacância desse cargo.

A terceira emenda suprime o parágrafo 3º do artigo 9º, a fim de extirpar do Projeto a norma que impõe a responsabilização das agências reguladoras que não prestarem assistência, colaboração e elaboração de pareceres técnicos solicitados pelo CADE.

A quarta emenda suprime o parágrafo 6º do artigo 9º, a fim de extirpar do Projeto a norma que impõe à CAMEX o dever de se posicionar em relação às decisões do CADE quanto às matérias relativas à alteração tarifária, acesso a mercados e defesa comercial.

A quinta emenda suprime a alínea “c” do inciso VI do art. 13, a fim de impedir que a Superintendência-Geral defira inspeção sem autorização judicial.

A sexta, a sétima, a oitava, a nova, a décima e a décima-primeira emendas exigem que o economista-chefe do CADE e o procurador-chefe do CADE tenham mandato fixo de dois anos, admitida uma recondução, e sejam nomeados de forma semelhante aos demais membros do CADE: pelo Presidente da República, após indicação do Ministro da Justiça e aprovação do Senado. Nos termos do Projeto, tais autoridades são nomeadas por mero ato conjunto do Superintendente-Geral e do Presidente do Tribunal.

A décima segunda emenda suprime o inciso I do artigo 19, a fim de impedir que a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) opine em consultas públicas propostas pelas agências reguladoras e que se refiram a

alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores e usuários.

A décima terceira emenda altera o inciso II do artigo 19 para autorizar a *SEAE* a opinar sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada, não apenas nos aspectos referentes à promoção da concorrência, mas também no que respeita à potencial violação ou prejuízo da livre concorrência e da livre iniciativa.

A décima quarta e a décima quinta emendas alteram o art. 20 para ampliar a atuação do Ministério Público junto ao CADE, em qualquer processo, e explicitar que essa atuação ocorrerá de forma independente.

A décima sexta emenda e a décima sétima emenda alteram o art. 52 para explicitar que será o próprio Tribunal, e não a Superintendência-Geral, quem irá dar cumprimento às decisões tomadas pelo CADE, por meio de estrutura específica criada por seu Presidente.

A décima oitava emenda altera o § 1º do art. 67 para autorizar o Tribunal a avocar, inclusive, o procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral.

A décima nona emenda suprime o § 4º do art. 85, para permitir que a proposta de termo de compromisso de cessação de prática seja apresentada mais de uma vez no mesmo processo.

A vigésima emenda altera o art. 87 para, em caso de celebração de acordo de leniência, estender a extinção da punibilidade penal ao crime tipificado no art. 288 do Código Penal.

A vigésima primeira emenda altera o art. 88 para diminuir o valor do faturamento mínimo utilizado como critério de apresentação de ato de concentração econômica ao CADE. Pela emenda, o valor cai de R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões.

A vigésima segunda emenda altera o art. 98 para permitir que a empresa condenada pelo CADE possa, por meio de embargos ou ação própria, suspender a execução proposta pelo CADE, ainda que a caução ofertada pela empresa condenada não compute o valor das multas diárias.

A vigésima terceira emenda suprime o § 3º do art. 98, a fim de impedir que o CADE execute a empresa condenada pela diferença entre o valor atualizado da multa e o depositado em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. A emenda reconhece que, de acordo com o STJ, a atualização dos valores constitui crédito do Fundo contra a instituição financeira depositária, e não contra a empresa condenada.

A vigésima quarta emenda suprime o § 1º do art. 122, a fim de impedir que o CADE possa requisitar servidores da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional.

A vigésima quinta, a vigésima sexta, a vigésima sétima e a vigésima oitava emendas acrescentam artigos 122-A a 122-D para resguardar as atribuições que a legislação em vigor outorgam à ANATEL. Pelas emendas sugeridas, apenas a ANATEL poderá instaurar investigações por violação das normas de defesa da concorrência no setor de telecomunicações, bem como apenas a ANATEL proferirá parecer aos atos de concentração econômica entre empresas do setor de telecomunicações.

O parecer apresentado e aprovado pela Comissão de Serviços de Infra-estrutura, de autoria do Senador Wellington Salgado, concluiu pela aprovação do PLC nº 6, de 2009, com três emendas.

A primeira emenda suprime o inciso VII do art. 19, a fim de impedir que a SEAE manifeste-se a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão nos fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, de acesso a mercados e à defesa comercial.

A segunda emenda suprime o § 3º do art. 19, a fim de impedir que a SEAE disponibilize, na internet, sua manifestação sobre o efeito concorrencial de processos de defesa comercial.

A terceira emenda suprime o § 4º do art. 19, a fim de desobrigar o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio a se posicionar em relação às conclusões da SEAE sobre os processos de defesa comercial.

II – ANÁLISE

O projeto cuida de matéria inserida na competência legislativa concorrente da União (Constituição, art. 24, inc. I) para legislar sobre direito econômico.

As regras sobre iniciativa parlamentar foram observadas e, portanto, não se vislumbra óbice algum quanto à constitucionalidade formal.

Foram observadas as regras pertinentes à regimentalidade, dado que, nos termos dos incisos I, III e IV do art. 99 do Regimento Interno do Senado Federal, cabe à Comissão de Assuntos Econômicos opinar sobre aspecto econômico e financeiro de qualquer matéria que lhe seja submetida por despacho do Presidente, inclusive normas gerais sobre direito financeiro e econômico.

Quanto à juridicidade, observa o Projeto os aspectos de: a) *inovação*, porque reestrutura o CADE; b) *efetividade* e *coercitividade*, representadas pelo poder vinculante de suas decisões ao caso concreto; c) *espécie normativa adequada*, já que a defesa da concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico devem ser disciplinados por lei ordinária; e d) *generalidade*, uma vez que as normas do Projeto se aplicam, indistintamente, a todas as pessoas, físicas e jurídicas, estas de direito privado ou público.

No que respeita à técnica legislativa, o projeto observa as regras previstas na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001. Não há inclusão de matéria diversa ao tema tratado na proposição e a sua redação, na forma do Substitutivo apresentado, a nosso ver, não merece reparos.

Quanto ao mérito, do ponto de vista econômico, há duas questões importantes que merecem destaque, ambas relacionadas ao Título VII – Do Controle de Concentrações, Capítulo I – Dos Atos de Concentração.

De acordo com o art. 88 do projeto, serão previamente submetidos ao CADE os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, (1) pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior, equivalente ou superior a R\$ 400 milhões e (2) pelo menos um outro grupo envolvido tenha registrado, no ano anterior, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, equivalente ou superior a R\$ 30 milhões.

Esse controle prévio obrigatório previsto no Projeto representa expressivo avanço em relação ao modelo de controle póstumo adotado na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e o prazo de oito meses (definido no § 2º do art. 88 do projeto) para a realização desse controle de concentração pelo CADE não é demasiadamente longo, em especial se considerado for: a) o grau de agilidade e de globalização da economia; e b) a experiência internacional no tema.

A segunda questão está contida nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 88, e insere uma diferença conceitual significativa na legislação vigente.

O art. 54, § 1º, da Lei nº 8.884, de 1994, em vigor, prevê que os atos de concentração que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, poderão ser autorizados pelo CADE, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

O inciso III consagra a tese defendida pela Escola de Harvard, que prestigia a eficiência alocativa dos recursos econômicos, mas sem que a competição nos mercados possa ser eliminada.

Trata-se da escola doutrinária conhecida como “concorrência-condição”, a qual impede que o Estado aprove fusões e aquisições exageradamente nocivas à competição nos mercados, ainda que geradoras de ganhos econômicos de eficiência.

Já o texto proposto para os §§ 5º e 6º do art. 88 do projeto consagram outra tese, defendida pela Escola de Chicago, conhecida como “concorrência-instrumento”, no sentido de que a eficiência alocativa dos recursos econômicos é suficiente para justificar a aprovação de atos de concentração, ainda que elimine de forma substancial o nível de concorrência existente nos mercados.

De fato, o § 6º do art. 88 do projeto propõe as seguintes alterações ao dispositivo correspondente, contido no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994:

1) o texto em vigor (art. 54, § 1º, II, da Lei nº 8.884, de 1994) estabelece que os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro. O texto proposto pelo art. 88, § 6º, II, do projeto, estabelece que sejam repassados aos consumidores apenas *parte relevante* dos benefícios decorrentes;

2) o projeto propõe a exclusão dos incisos III e IV do § 1º do art. 54, da Lei nº 8.884, de 1994, em vigor, os quais exigem tanto “a não-eliminação de parcela substancial da concorrência” como “a observação dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”.

Nesse sentido, o § 6º do art. 88 do projeto, ao positivar a concorrência-instrumento, alinha o modelo brasileiro aos ditames da Escola de Chicago, em prol da busca incondicional da eficiência econômica.

As emendas apresentadas pelas Comissões de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, e de Serviços de Infra-estrutura são meritórias pelos fundamentos devidamente apresentados nos respectivos pareceres aprovados e, portanto, merecem ser acolhidas.

III – VOTO

Pelos motivos expostos, manifestamo-nos pela **aprovação** do Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009, com as vinte e oito emendas apresentadas pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, e com as três emendas apresentadas pela Comissão de Serviços de Infra-estrutura.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator