

São Paulo, 8 de março de 2009

Ao
Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Setor Comercial Norte – SCN
Quadra 02 – Projeção C
70712-902 – Brasília – DF
Email: consulta022009@cade.gov.br

Ref.: Consulta Pública nº 02/2009 - Emenda Regimental

Prezados Senhores,

Em atenção à Consulta Pública 02/2009 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) que submete Proposta de Resolução relativa à Emenda Regimental nº. 03/2009, que cria o artigo 101-A no Regimento Interno do Cade, a presente tem como propósito apresentar comentários ao dispositivo aludido.

Este documento tem como propósito propor apontamentos e interpretações construtivos, de forma a contribuir para o melhor desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

A presente manifestação será dividida em 2 partes, além da presente introdução. Na primeira parte, será feita a análise crítica do artigo 101-A, acompanhada das implicações possíveis de sua adoção. A segunda e última parte se destinará a discutir os objetivos almejados pelo Cade declarados em sua exposição de motivos *vis-à-vis* as conseqüências prováveis de sua aplicação.

Oportunamente, cumpre cumprimentar esse E. Cade pela busca da maximização dos recursos humanos e materiais da autarquia visando à eficiência e celeridade na análise dos casos submetidos ao crivo dessa autarquia. Trata-se, sem dúvida, de medida louvável que merece reconhecimento e exaltação.

I. Comentários ao Artigo 101-A:

De forma sintética, o artigo 101-A introduz a possibilidade de os atos de concentração de menor potencial ofensivo serem decididos por despacho monocrático do Conselheiro-Relator *ad referendum* do Plenário, *in verbis*:

“Art. 101-A. Os atos de concentração de menor potencial ofensivo, assim entendidos aqueles que tramitarem pelo procedimento sumário (Portaria Conjunta SEAE/SDE 01/2003) e cujos pareceres forem convergentes e favoráveis à sua aprovação sem restrições, não havendo impugnação de terceiros interessados, poderão ser decididos por

despacho monocrático do Conselheiro Relator, que deverá ser levado ao referendo do Plenário na sessão subsequente, independentemente de pauta.

§ 1º. O despacho deverá ser publicado na página do CADE na internet até as 18h00min do dia anterior ao da sessão.

§ 2º O despacho poderá resumir-se à declaração de concordância com fundamentos dos pareceres anteriores (art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99).

§ 3º. Nos termos do art. 55 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a aprovação poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados”.

Preliminarmente, faz-se necessário tecer comentários à legalidade do instrumento legislativo eleito para as mudanças propostas.

Da Legalidade:

As competências do Plenário do Cade estão previstas em lei. O artigo 7º da Lei nº. 8.884/94 atribui a ele competências impostergáveis, dispostas nos incisos I ao XXII, dentre as quais se destaca a de apreciar os atos de concentração sujeitos à aprovação nos termos do artigo 54:

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso. (g.n.)

Significa dizer que todos os atos ou condutas sujeitos à aprovação nos termos do artigo 54 da Lei nº. 8.884/94 deverão ser apreciados pelo Plenário do Cade. Trata-se de um dever-poder que se traduz na obrigação de o Plenário do Cade apreciá-los todos, sem exceções.

A seu turno, o artigo 101-A ora sob análise introduz uma nova situação: de [algumas categorias de] atos de concentração serem decididos por despacho monocrático do Conselheiro-Relator, sem a necessária aprovação do Plenário.

*Ainda que se trate de atos de menor potencial ofensivo, assim entendidos aqueles que tramitam pelo procedimento sumário (Portaria Conjunta SEAE/SDE 01/2003) e cujos pareceres forem convergentes e favoráveis à sua aprovação sem restrições, não havendo impugnação de terceiros interessados, inequivocamente configuram-se como atos sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, cuja competência para apreciação pertence exclusivamente ao Plenário, nos termos do inciso XXII *supra*.*

Com efeito, na medida em que passa a existir uma categoria de atos que podem ser decididos monocraticamente pelo Conselheiro, prescindindo da apreciação do Plenário, tem-se flagrante conflito com a competência legal de “apreciar atos de concentração sujeitos à aprovação nos termos do art. 54”.

Trata-se uma Emenda Regimental de regramento procedimental – que visa à execução de uma lei – que não tem o condão de afetar a configuração dos direitos e obrigações criados legalmente. Repisando a máxima de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei, tem-se que a atividade administrativa “é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.”¹

A competência regulamentar conferida ao Cade como autarquia federal, assim, deve visar ao estabelecimento de regras orgânicas e processuais para a execução da lei, sem extravasar os direitos e obrigações nela dispostos.

Assim, à par da discussão sobre a *pertinência* da medida, resta claro que a Emenda Regimental nº. 03/2009 claramente extrapola os limites deferidos a tal tipo de regramento, pois, ao subtrair do administrado o direito de ter determinado ato apreciado pelo Plenário e permitir que seja decidido monocraticamente, pretende modificar competência criada por lei. Disso decorrem dois grandes problemas jurídicos, a saber:

1. **Violação da legalidade administrativa em sentido estrito e da supremacia da lei sobre atos normativos**, pois as alterações de competência que foram estabelecidas por lei ordinária (Lei nº 8.884/1994) somente podem ser excluídas por força de dispositivo de mesmo nível hierárquico, e não por atos normativos da Administração, como quer a presente proposta de alteração do Regimento do Cade.
2. **Violação da regra de proibição da renúncia de competências administrativas**, nos termos da qual uma autoridade pública federal, monocrática ou colegiada, somente pode deixar de exercer suas competências caso haja autorização legal, ou seja, autorização expressa contida em lei em sentido material e formal, consoante determinação do art. 2º, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.784/1999.

A exposição pretendeu demonstrar que a Emenda Regimental nº. 03/2009 é ilegal, não podendo subsistir no ordenamento jurídico.

Na seqüência, almejando contribuir com esse SBDC, serão submetidos adiante comentários adicionais sobre a Emenda Regimental nº. 03/2009, que cria o artigo 101-A no Regimento Interno do Cade.

Das Limitações ao Plenário/ Cerceamento do Administrado

Conforme já mencionado, o artigo 101-A introduz hipótese de atos de concentração de menor potencial ofensivo serem decididos por despacho monocrático do Conselheiro-Relator *ad referendum* do Plenário. O despacho poderá resumir-se à mera declaração de concordância com os fundamentos dos pareceres anteriores.

Trata-se, em síntese, da simplificação do processo decisório da autarquia. Não haverá relatório e manifestação do voto pelo Conselheiro-Relator, cuja conseqüência inevitável será o total desconhecimento do caso pelo Plenário. De acordo com o Cade, a medida almeja conferir maior

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros: 13ª edição, pg. 71.

celeridade e eficiência bem como racionalizar os escassos recursos humanos e materiais da autarquia.

A preocupação que se levanta diante da simplificação do processo de manifestação da decisão do Cade é com relação à perda da inteligência do Plenário para casos que, não obstante ostentarem menor capacidade ofensiva, têm inegável importância.

Não raro casos como os citados são inspiração para refinamento dos entendimentos da autarquia, que podem vir a se transformar (como de fato já se transformaram) em súmulas – cuja importância entende-se despidendo comentar.

Ademais, sob a ótica do administrado – aqui considerados tanto as partes envolvidas na operação quanto os terceiros interessados – lhe é subtraída a possibilidade de ter eventual pleito analisado pelo Plenário e de recorrer a este no caso de entendimento dissonante com o exposto pelos órgãos instrutores.

Do ponto de vista prático, a falta de publicidade sobre a data do julgamento com a publicação do despacho na página do Cade na *internet* até as 18h00min do dia anterior ao da sessão e com a ausência de pauta fere diretamente o princípio da publicidade, contido no art. 37, *caput* da Constituição, impedindo a impugnação do julgamento por terceiros ou até a retificação de dados pelas próprias partes, cujo resultado inevitável é o cerceamento dos direitos do administrado (as próprias partes e terceiros que possam ser atingidos pela decisão).

Trata-se de um retrocesso ao grau de ampla publicidade atingido pelo Cade e principalmente aos direitos dos administrados.

II. Comentários à exposição de motivos do Cade

De acordo com a exposição de motivos apresentada, o objetivo da proposta é “criar a possibilidade de atos de concentração que atualmente são julgados em bloco possam ser decididos em despacho monocrático do relator, *ad referendum* do Plenário, de modo a propiciar maior celeridade e eficiência bem como racionalizar os escassos recursos humanos e materiais a Autarquia.”

No entanto, a análise do dispositivo referido indica que os ganhos de eficiência possíveis de se obter por esse intermédio são mínimos e sem qualquer impacto relevante sobre o aproveitamento de recursos humanos e materiais da autarquia, além de haver inequívoco prejuízo aos direitos do administrado e contradição com a política declarada pelo Conselho de fortalecer o plenário como *locus decisório*.

Corrobora a impropriedade da proposta o fato de o dispositivo infra-legal almejar alterar direitos e obrigações criados legalmente, configurando-se flagrantemente como violador do princípio da legalidade administrativa, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Assim, acredita-se que embora resguarde os recursos humanos e materiais do Cade e, em princípio, até possa contribuir para reduzir o tempo de instrução dos atos de concentração em trâmite no Sistema, a medida, no todo, provocará gerará efeitos negativos para o bem-estar social.

Por tudo isso, sugerimos que a referenda proposta não seja levada a frente, ou seja, que o art. 101-A não seja incluído no Regimento do Cade, pois violador da legalidade administrativa, da proibição da renúncia de competência, da publicidade dos atos administrativos e da ampla defesa dos interesses e direitos dos cidadãos em relação à ordem econômica. A medida deve ser descartada, mantendo-se o procedimento atual.

Sem mais para acrescentar e esperando ter contribuído para a discussão de um tema de tamanha importância, subscrevemo-nos.

São Paulo, 8 de março de 2009.

Mauro Grinberg
Diretor-Presidente

Tito Andrade
Diretor de Concorrência

Heloisa Helena Monteiro de Lima
Associada do IBRAC