

**CONTRIBUIÇÃO DO IBRAC À COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS DO SENADO
FEDERAL EM AUDIÊNCIA HAVIDA EM 14 DE ABRIL DE 2009**

INTRODUÇÃO	1
Pontos fortes:.....	2
REFLEXÃO SOBRE A QUESTÃO DA MOROSIDADE	2
COMENTÁRIOS A ALGUNS ARTIGOS DO PL	3
Art. 6º, § 6º	3
Problema:	3
Sugestão	3
Art. 13.....	4
Problema.....	4
Sugestão:	4
Arts. 13 e 14	4
Problema.....	4
Sugestão de redação	4
Art. 18:	4
Problema.....	4
Sugestão de redação	5
Art. 20, § único:.....	5
Problema.....	5
Sugestão	5
Art. 52:	5
Problema.....	5
Sugestão de redação	5
Arts. 52 a 65:	5
Problema.....	6
Sugestão de redação	6
Art. 85.....	6
Problema.....	6
Sugestão	6
Art. 87.....	6
Problema.....	6
Sugestão de redação	7
Art. 88:	7
Problema.....	7
Solução.....	7
Art. 98:	7
Problema.....	7
Solução.....	7
Art. 98, § 3º	8
Problema.....	8
Solução.....	8
Conclusão:	8

INTRODUÇÃO

Este é o extrato das observações feitas pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Relações de Consumo e Comércio Exterior (IBRAC), por meio de seu Presidente, por ocasião da audiência pública realizada no dia 14 de abril de 2009, perante a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal.

O IBRAC é um instituto de estudos fundado há 18 anos, sem fins lucrativos, atuando como ponto de convergência das idéias de direito concorrencial, reunindo profissionais atuantes, bem

como empresas envolvidas com a matéria. Entre as atividades do IBRAC estão publicações (a revista já se tornou uma referência), seminários (o seu seminário anual internacional já se tornou um ícone do direito concorrencial). O website www.ibrac.org.br serve de permanente orientação e inspiração para todos que trabalham na área.

As idéias aqui apresentadas são fruto de debates internos no IBRAC e refletem elaboração longa e diligente. Tais debates ocorreram entre advogados e economistas especialistas em direito concorrencial, que vivem a profissão intensamente. Participaram ativamente Aurélio Marchini Santos, Cristianne Zarzur, Francisco Todorov, Gabriel Nogueira Dias, Laércio Farina, Lauro Celidônio Neto, João Paulo Leal, Marcelo Calliari, Mauro Grinberg, Pedro Paulo Cristofaro, Pedro Zanotta e Tito Andrade.

O Projeto de Lei (PL) tem indiscutíveis motivações gerais positivas. Entretanto, a análise de seu conteúdo mostra que ele acerta no macro e erra fragorosamente no micro, ou seja, não tem sucesso na forma de realizar seus objetivos. Seus defeitos anulam as vantagens que pretende apresentar em relação à lei vigente.

PONTOS FORTES:

- unificação das entidades dentro de uma só;
- análise prévia como condição para realização do negócio;
- aprovação monocrática de atos de concentração econômica, mantendo a possibilidade de avocação pelos Conselheiros do Tribunal, como forma de diminuir a burocracia.

Reconhece-se que o PL visa solucionar determinados problemas que hoje são bem conhecidos de todos os que militam no setor:

- morosidade;
- falta de pessoal;
- inversão do incentivo (com aprovação posterior, não há incentivo para o proponente apressar a solução).

REFLEXÃO SOBRE A QUESTÃO DA MOROSIDADE

- 90% dos atos de concentração econômica são aprovados pelo rito sumário;
- conseqüentemente, com graus variados de anuais complexidade, temos anualmente 50 a 60 casos, cuja duração é excessiva, face às dificuldades dos órgãos de controle, o que, no sistema vigente, tem importância diminuída em decorrência da análise posterior à realização do ato de concentração econômica;

- o que se verifica é que o PL não soluciona por si mesmo o problema da morosidade, sendo necessário o incremento do quadro de pessoal técnico, o que pode ocorrer mesmo sem o PL;
- a alocação de pessoal especializado deve ser implementada anteriormente à instituição do controle prévio dos atos de concentração econômica, sob pena de inviabilizar as operações face aos excessivos prazos de análise;
- o PL também não soluciona por si mesmo o problema pois admite, dentro da confusão de prazos dos seus artigos 53 a 65, que qualquer ato de concentração dure até 330 dias, além do Superintendente-Geral (SG) poder discricionariamente determinar nova instrução, que deve ser excepcional, mas depende de decisão exclusiva do SG. Há necessidade de revisão deste ponto, simplificando e abreviando os prazos;
- a decisão célere destes casos mais complexos não é assegurada pelo PL por depender de aumento significativo do quadro de pessoal, sendo importantíssimo que só se venha a falar de análise prévia quando este quadro existir.

O Projeto perde a excelente oportunidade de esclarecer de vez a questão da competência dos órgãos encarregados da defesa da concorrência em matéria de instituições financeiras e telecomunicações, matérias que continuarão a constituir problemas para os intérpretes e os administrados.

COMENTÁRIOS A ALGUNS ARTIGOS DO PL

Comentários a alguns artigos do PL (escolhidos como exemplos), sendo que a ordem é a do próprio projeto e não a indicação da gravidade do erro de redação (esclarecendo que a revisão do trecho compreendendo os arts. 53 a 65 precisa ser inteiramente reestruturado):

Art. 6º, § 6º: “Durante o período de vacância que anteceder a nomeação de novo membro do Tribunal, assumirá interinamente o cargo servidor em exercício no CADE com conhecimento jurídico ou econômico na área de defesa da concorrência e reputação ilibada, indicado pelo Presidente do Tribunal, o qual permanecerá no cargo até a posse do novo membro do Tribunal, escolhido na forma do caput deste artigo”.

Problema: É intolerável que um Conselheiro do Tribunal, que não tenha sido sabatinado e aprovado pelo Senado Federal, julgue casos da importância crucial para a economia nacional, como os que são submetidos ao crivo do CADE. No limite, é tecnicamente possível, se for acolhido o texto do PL, que os nomes de vários integrantes do Tribunal não sejam remetidos para o Senado Federal, permitindo ao Presidente do Tribunal manter sob sua influência todos os casos submetidos ao Tribunal, por meio de nomeação de integrantes interinos. Isso equivale, na prática, à arbitrariedade da eliminação do controle senatorial.

Sugestão: eliminação do § 6º do art. 6º.

Art. 13 (“Compete à Superintendência-Geral”), inciso VI (“no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei”), c: “realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos, desde que a inspecionada seja notificada com pelo menos 24 horas de antecedência e a inspeção seja iniciada entre as 6 e as 18 horas”

Problema: a inspeção é feita sem autorização judicial, que costumeiramente impõe os devidos limites à atuação da autoridade que, se aprovado o texto do PL, estará livre para vasculhar toda a empresa, sem qualquer limite. Isso fere frontalmente os direitos dos administrados. Dir-se-á que o sistema vigente tem o mesmo erro. Mas não se pode, sob este argumento, perenizar o erro.

Sugestão: eliminação do inciso VI do art. 13.

Arts. 13 e 14: Faz-se necessária aqui uma ampla revisão dos excessivos e intoleráveis poderes da SG.

Art. 16: “O Procurador-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico”.

Problema: A primeira crítica que se faz aqui é a eliminação da necessidade de aprovação senatorial, como ocorre no regime vigente. A aprovação senatorial confere não apenas maior grau de transparência e segurança como também legitimidade. Mais ainda: a redação pressupõe o perfeito entendimento entre o SG e o Presidente do Tribunal. Corre-se o grave risco de, não havendo consenso entre estas duas autoridades, não ser possível nomear o Procurador-Chefe. A regra do § 3º do mesmo artigo (“Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Chefe, o Plenário indicará e o Presidente do Tribunal designará o substituto eventual”) não apresenta solução viável, pois permanece a dependência não só do perfeito entendimento entre as autoridades como também da nomeação anterior do um Procurador-Chefe.

Sugestão de redação: “O Procurador-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, por indicação do Ministro da Justiça, após aprovação pelo Senado Federal”.

Art. 18: “O Economista-Chefe será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente do Tribunal e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico”

Problema: repete-se a crítica ao art. 16.

Sugestão de redação: “O Economista-Chefe será nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico, por indicação do Ministro da Justiça, após aprovação pelo Senado Federal”.

Art. 20, § único: “O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução dos seus julgados ou do compromisso, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993”.

Problema: Inicia-se aqui com a vedação constitucional constante do art. 129 (“São funções institucionais do Ministério Público), inciso IX, da Constituição Federal (“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades privadas”); além disso, este dispositivo entra em choque com o art. 15 (“Funcionará junto ao CADE Procuradoria Federal especializada, competindo-lhe”), incisos II (“representar o CADE judicial e extrajudicialmente”), III (“promover a execução judicial das decisões e julgados do CADE”) e V (“tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação das infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza”). A competência não pode ser uma escolha do CADE, mas sim uma determinação legal.

Sugestão: eliminação do § único do ar. 20.

Art. 52: “O cumprimento das decisões do Tribunal e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei será fiscalizado pela Superintendência-Geral, a quem deverão ser encaminhados os autos dos processos após a decisão final do Tribunal”.

Problema: O SG prepara o processo, fazendo a instrução e enviando-o ao Tribunal para decisão final. O Tribunal toma a decisão e devolve ao SG para que este fiscalize a decisão. Ou seja: o Tribunal decide e não monitora o cumprimento da decisão; se a posição do SG for diferente daquela tomada pelo Tribunal (e ocorre da autoridade equivalente ao SG mandar um caso ao CADE, que decide de forma distinta daquela sugerida pelo SG), corre-se o sério risco de não haver fiscalização alguma, inclusive no tocante às aplicações de penalidades em decorrência de infrações contra a ordem econômica e imposições de restrições em atos de concentração.

Sugestão de redação: “O cumprimento das decisões do Tribunal e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei será fiscalizado pelo próprio Tribunal, que criará, por resolução interna, estrutura específica sujeita ao seu Presidente”.

Arts. 52 a 65: Faz-se necessária a revisão dos prazos previstos, que podem levar a situações não só intoleráveis como também incompatíveis com o sistema de controle prévio. Este excesso, aliás, está dentro da competência monocrática da SG.

Art. 67 (“Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento”), § 1º: “O Tribunal poderá, mediante provocação de um conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação”.

Problema: A possibilidade de avocação está restrita ao inquérito administrativo e não abrange o procedimento preparatório de inquérito administrativo, instituído pelo § 2º (“A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei”) do art. 66 (“O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica”). Assim, a SG, se aprovado o texto do PL, poderá discricionariamente arquivar o caso que quiser, desde que alegue que não se trata de matéria concorrencial, e o Tribunal não terá como fazer a avocação.

Sugestão de redação: Acrescentar, após “avocar o inquérito administrativo”, “ou procedimento preparatório de inquérito administrativo”.

Art. 85 (“Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentados, entender que atende aos interesses protegidos por esta Lei”), § 4º: “A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez”.

Problema: A limitação da possibilidade de compromisso de cessação a uma única oportunidade não tem o menor sentido, pois a autoridade pode ter maior ou menor interesse de negociar em ocasiões distintas. Tal proibição vai contra o interesse da própria autoridade, além de não interessar à coletividade.

Sugestão: eliminação do § 4º do art. 85.

Art. 87: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência” (§ único: “Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”).

Problema: Atualmente já há beneficiários de acordos de leniência sendo processados por crime de quadrilha ou bando, não previstos na legislação vigente sobre acordos de leniência. Essa

simples possibilidade pode afastar pretendentes à leniência, que não se sentirão (e não estarão) efetivamente garantidos por tal acordo. A especificação do crime de quadrilha ou bando deve servir de estímulo para a leniência, sendo de interesse de todos.

Sugestão de redação: Acrescentar, após “(...) tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (...)”, “e os tipificados no art. 288 do Código Pena”.

Art. 88: “Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente o superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”.

Problema: quando o anteprojeto de lei foi elaborado, havia um estudo – mencionado pelas autoridades – de acordo com o qual os filtros perfeitos seriam os de R\$ 150 e R\$ 30 milhões. Com isto, seriam alcançados os limites hoje vigentes e internacionalmente aceitos. Em algum ponto da tramitação a figura de R\$ 150 milhões foi substituída pela de R\$ 400 milhões, sem que se desse a conhecimento dos especialistas a fundamentação técnica para tal alteração. Compare-se com a situação da Alemanha, que tem o dobro do Produto Interno Bruto brasileiro (conforme dados de 2007) e prevê, para a submissão de atos de concentração, E 25 milhões na Alemanha, E 5 milhões para o outro grupo envolvido e E 500 milhões para faturamento mundial somado de todos os grupos envolvidos. Com os filtros estabelecidos pelo Projeto de Lei, diversas operações sensíveis ficarão fora da apreciação do CADE, tais como aquelas realizadas por supermercados e redes de farmácias. O que se visa aqui é a proteção da coletividade, até porque não existe outro filtro melhor.

Solução: substituição, no inciso II do art. 88, de R\$ 400 milhões por R\$ 150 milhões.

Art. 98: “O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for depositado, em dinheiro, em juízo o valor da multa aplicada ou prestada caução, a sder fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias”.

Problema: As multas diárias são fixadas para a hipótese de descumprimento da decisão. Assim, se há depósito ou caução fixada pelo juízo, não há porque garantir cumprimento de multas diárias.

Solução: eliminação da parte final “inclusive no que tange a multas diárias” do art. 98.

Art. 98, § 3º: “O depósito em dinheiro não suspenderá a incidência de juros de mora e atualização monetária, podendo o CADE, na hipótese do § 2º (Revogada a liminar, o depósito do valor da multa converter-se-á em renda do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos) deste artigo, promover a execução para cobrança da diferença entre o valor revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e o valor da multa atualizado, com os acréscimos legais, como se sua exigibilidade do crédito jamais tivesse sido suspensa”.

Problema: O depósito em dinheiro, em todas as situações – inclusive tributária – em que ocorre, faz cessar a contagem de juros de mora e atualização monetária. O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos ganhará duas vezes os juros de mora e a atualização monetária pois o depósito em dinheiro produz esse rendimento, não se podendo imputá-lo novamente ao agente econômico que, assim, ficará inteiramente desestimulado de fazer o depósito, sendo que esse desestímulo vai contra o interesse da própria autoridade.

Solução: eliminação do § 3º do art. 98.

CONCLUSÃO:

O PL tem indiscutíveis méritos em seus objetivos, mas a sua redação, se convertido em lei como está, certamente trará mais problemas do que soluções. O IBRAC entende que o Senado Federal deve levar a efeito discussão ampla – para a qual o IBRAC desde logo fica à disposição – do texto para que os objetivos do PL sejam resguardados e as suas intenções não sejam maculadas.

Deve aqui ficar claro que o IBRAC não se manifesta contrário aos objetivos primordiais do PL; ao contrário, manifesta seu apoio. Todavia, a redação em diversos pontos é desastrosa, razão pela qual é imperioso que sejam feitas as necessárias alterações.

Entende o IBRAC que, desta forma, apresenta uma contribuição de aprimoramento institucional.