

# A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PRINCIPAIS RESSALVAS ÀS ALTERAÇÕES REALIZADAS PELO SENADO\*

Lucia Helena Salgado\*\*  
Rafael Pinho de Moraes\*\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo insere-se no atual debate sobre alteração do arcabouço jurídico-institucional da defesa da concorrência no Brasil. Em 2007, houve iniciativa do governo federal de incluir no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) projetos de lei (PLs) visando criar um ambiente de estímulo ao investimento privado. Entre estes projetos, destaca-se a iniciativa de reformar o sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC).

O projeto, que se encontra em fase de tramitação final na Câmara dos Deputados,<sup>1</sup> consolida em apenas uma entidade as funções da autoridade antitruste. Atualmente, o SBDC é formado, sob a égide da Lei nº 8.884/1994, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), vinculados ao Ministério da Justiça. De acordo com o projeto atualmente em tramitação, a Seae passará a se dedicar mais à sua *expertise* acumulada de advocacia da concorrência em setores regulados, enquanto a nova autoridade terá um departamento econômico, que já vem sendo gestado – medida esperada para garantir maior simplicidade e racionalidade ao desenho institucional da autoridade antitruste brasileira.

Tanto o PL da autoria do deputado Carlos Eduardo Cadoca (PL nº 3.937 de 2004) quanto o elaborado pelo Executivo (PL nº 5.877 de 2005)<sup>2</sup> tinham o grande mérito de buscar o aperfeiçoamento do desenho institucional e do instrumental regulatório de defesa da concorrência atualmente vigente. Por meio de um substitutivo aos projetos de lei citados, isto é, de uma consolidação dos dois projetos de lei, o então relator e deputado Ciro Gomes abriu caminho, na Câmara dos Deputados, para o aprimoramento da defesa da concorrência no país.

Encaminhado ao Senado Federal, porém, o substitutivo, na forma do Projeto de Lei Constitucional (PLC) nº 6 de 2009, sofreu uma série de alterações – emendas – que, a nosso ver, podem vir a comprometer os objetivos de elevar a eficácia e a eficiência do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Este artigo tem como foco assinalar os principais pontos incorporados à proposta de aperfeiçoamento da legislação brasileira de defesa da concorrência no Senado Federal. Tendo retornado à Câmara dos Deputados, tramitando em regime de urgência, o PLC encontra-se a um passo de figurar como a nova lei de defesa da concorrência brasileira. Tal momento reveste-se, sem dúvida, de caráter histórico, em vista do inegável processo de avanço institucional que a promulgação da nova lei representará, em matéria que se confunde com os fundamentos da democracia e as liberdades fundamentais e econômicas conquistadas pelo povo brasileiro e estabelecidas pela Constituição Federal.

Assim, o objetivo deste artigo é apresentar contra-argumentos para algumas das emendas apresentadas, de sorte a manter o espírito do projeto tal como emanado pela Câmara dos Deputados.

---

\* Os autores agradecem a João Paulo Garcia Leal, Mauro Grimberg e José Inacio Gonzaga Franceschini, pelos excelentes comentários recebidos a uma versão preliminar do texto, e a Samuel da Silva Rezende, pela cuidadosa assistência de pesquisa.

\*\* Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados da Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais, de Inovação, Regulação e Infraestrutura (Diset) do Ipea.

\*\*\* Pesquisador do Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional (PNPD) no Ipea, consultor da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE/PR) e professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV) no Rio de Janeiro.

1. O projeto tramita em regime de urgência, e como tal é apenas precedido pelas medidas provisórias ainda em pauta para exame.

2. Entre outras providências, o PL nº 3.937/2004 transformaria o Cade em autarquia, e disporia sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, enquanto o PL nº 5.877/2005 pretendia, além de dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, reestruturar o SBDC.

## 2 QUESTÕES CRUCIAIS

Esta seção se destina a expor questões consideradas cruciais entre as alterações ao PLC nº 6/2009 apresentadas no Senado Federal. Dividiu-se a seção em quatro temas de maior impacto sobre a aplicação da lei antitruste no Brasil: subsidiariedade da lei concorrencial; critérios para submissão de atos de concentração; supressão de práticas de exercício de posição dominante do rol de infrações concorrenciais; e questões referentes ao valor das multas e sua base de cálculo.

### 2.1 Subsidiariedade da lei concorrencial

A primeira das emendas a se comentar é a Emenda nº 33 do PLC nº 6/2009, a qual determina o seguinte:

Acrescente-se ao projeto o seguinte Artigo 122-A, renumerando-se os demais:

“Artigo 122-A. As disposições desta lei aplicam-se subsidiariamente à legislação específica e às respectivas leis de criação das agências reguladoras.”

O texto legislativo comumente prevê a aplicação subsidiária de outro diploma legal. O normal é o clássico: “Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº XYZ”. A própria atual Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 8.884/1994, prevê, em seu Artigo 83, o seguinte:

Artigo 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº7.347, de 24 de julho de 1985, e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Ou seja, a lei atual possui apenas um dispositivo que tem paralelo com o regramento aqui analisado da Emenda nº 33, mas o da Lei nº 8.884/94 é no sentido normal e corrente na atividade legislativa, segundo o qual as leis anteriores se aplicam para complementar a lei nova, e não o contrário, como na proposta de Emenda nº 33 (ver: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>).

O único exemplo de utilização de dispositivo semelhante ao do proposto no Artigo 122-A encontrado em pesquisas a respeito foi a Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual de São Paulo.<sup>3</sup>

Em seu Artigo 2º, estabelece-se que “as normas desta lei aplicam-se subsidiariamente aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica.”

O dispositivo em questão é bem claro em seguir a linha interpretativa de nossa leitura da Emenda nº 33, qual seja, de que este artigo extra da emenda (Artigo 122-A) tornaria a lei de concorrência uma lei de aplicação geral somente em caso de não haver disciplina específica segundo lei própria, como as leis dos marcos regulatórios setoriais.

Se essa alteração prosperar, uma mudança em princípio sutil causará um estrago fenomenal, com implicações em termos de insegurança jurídica e desorganização institucional.

Há um ponto fundamental que não pode ser omitido: o Cade é um ente *quasi-judicante*, um tribunal administrativo, que não exerce funções de agência reguladora. A agência reguladora é uma exceção à regra geral do livre mercado, este sim um preceito constitucional. Assim, a agência só se justifica quando não há livre concorrência, e deve ter por objetivo, em tese, sua própria extinção, à medida que o mercado regulado se torne ou possa se tornar competitivo. Logo, se o princípio maior, constitucional, é a livre concorrência, não pode o Cade subordinar-se ou ser subsidiário a qualquer agência. Ao contrário, o Cade é que deve imprimir a motivação para que o ambiente regulado se torne cada vez menos regulado e mais regido pelas leis da livre concorrência.

3. Acessar: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/resplei10177.htm>>.

## 2.2 Critérios para submissão de atos de concentração

Existe uma tendência atual de diminuir o escopo (e o volume) dos atos empresariais sujeitos à necessária aprovação por parte do Cade (Artigo 54 da Lei nº 8.884 de 1994, Lei de Defesa da Concorrência em vigor). O objetivo é diminuir a carga de trabalho do SBDC no tocante ao controle de estruturas, e permitir ao sistema focar nos grandes casos. Não se pode, todavia, sob este argumento, excluir do escrutínio das autoridades antitruste atos que podem causar danos às condições de concorrência.

A Lei nº 8.884/1994 traz o seguinte critério para notificação de atos de concentração: R\$ 400 milhões de faturamento de uma das empresas ou a participação resultante ultrapassar 20% do mercado relevante.

Numa demonstração de mudança significativa com relação ao modelo atual – pois em particular optou-se por excluir o critério alternativo baseado na porcentagem de mercado –, o projeto de lei originalmente trazia a seguinte redação quanto a atos de concentração a serem notificados ao sistema:

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 ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Desse modo, participação de mercado deixou de ser critério alternativo. Ademais, é interessante notar que, entre as alterações previstas à lei de defesa da concorrência em discussão no Congresso, estão revisões dos valores de faturamento para que empresas sejam obrigadas a notificar atos de concentração (em sentido amplo). Não se requer, portanto, somente que o mercado em questão seja pujante, mas também que o concorrente adquirido tenha um tamanho razoável, para que o ato seja de notificação obrigatória. Além disso, vale ressaltar que os dois critérios do PLC são cumulativos e não alternativos, como os critérios hoje em vigor.

Em particular, quaisquer setores em que o mercado relevante seja limitado em termos de faturamento ou se restrinja a pequeno limite geográfico, dado pela ausência de substituíbilidade pelo lado da demanda, estarão livres do escrutínio. Não se trata apenas de setores produtores de objetos de pequeno valor, como agulhas ou palitos, mas também de mercados restritos geograficamente, como os de serviços públicos locais ou postos de gasolina, ou, ainda, bens que por sua natureza têm limitada substituíbilidade com bens supostamente semelhantes, como medicamentos.

Toda ênfase é pouca para destacar a importância de se evitar que o esforço de simplificação de critérios e procedimentos gere efeitos perversos. Nesta perspectiva, critérios para notificação de operações com base apenas em faturamento das requerentes, revistos para patamares muito elevados, excluirão do controle prévio concentrações em mercados relevantes de dimensão econômica modesta, embora cruciais para o bem-estar dos consumidores.

No tocante à propriedade intelectual, pequenas empresas de tecnologia da informação – setor em que começar pequeno é característica típica, pois muitas das empresas nascem de incubadoras de empresas, inclusive nas universidades de excelência – poderão ser adquiridas livremente por empresas de faturamento ainda que bilionário, visto que o novo modelo impõe que as duas condições do novo Artigo 88 estejam cumulativamente presentes. O mesmo se aplica às pequenas editoras, empresas de biotecnologia etc.

Retirar do escrutínio do SBDC atos de concentração nestes mercados, assim como atos em geral em que uma empresa bilionária compra outra com 1% do mercado, é um erro. Reitere-se que se trata de dever de notificação, ou seja, da possibilidade a ser dada aos órgãos antitruste de analisar casos. Isto inclui a possibilidade de estes órgãos aprovarem, caso julguem conveniente, sem restrições e por rito sumário, os atos levados a exame. Não parece que retirar de sua competência atos potencialmente lesivos possa fortalecer o SBDC em qualquer grau – ainda mais na perspectiva atual de aumento de recursos, inclusive humanos, hoje realmente escassos no sistema, mas que ainda assim não justificariam cruzar os braços caso haja risco à concorrência.

Para causar ainda mais preocupação, esses valores de R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões do Artigo 88 do PLC original foram alterados por emenda no Senado para R\$ 1 bilhão e R\$ 40 milhões (Emenda nº 24), respectivamente.<sup>4</sup> Ressalte-se mais uma vez que aqui se trata de critério para a notificação – não para a aprovação ou reprovação.

Em outras palavras, a lei está isentando de escrutínio antitruste atos de concentração envolvendo grandes empresas estabelecidas no mercado e empresas nascentes, dando mais incentivos para a aquisição destas últimas, o que compromete a concorrência no futuro, pois impede estas pequenas empresas de se desenvolverem e se tornarem concorrentes – o que garantiria mais bem-estar para a sociedade.

Deve-se atentar ainda para que práticas como indexação de valores, correção monetária, gatilho salarial etc. advêm de uma memória inflacionária da qual o Brasil a muito custo se livrou. A nova lei antitruste deve sim atentar para o realismo atual dos valores (inevitavelmente) estipulados na lei de 1994 e prever o impacto que a alteração destes valores hoje terá na aplicação futura da lei.

Não se pode, entretanto, permitir, a bem do interesse público, que uma suposta necessidade de atualização de valores sirva de pretexto para isentar do escrutínio antitruste atos além daqueles que não sejam comprovadamente de diminuto ou inexistente potencial lesivo.

Não se trata, nesse sentido, de uma simples atualização de valores. Aliás, é prática comum nas jurisdições mais desenvolvidas adequar os valores dos limiares das leis de defesa da concorrência, normalmente pela via infralegal. A periodicidade destas adequações, os índices às vezes usados e o instrumento normativo empregado variam. Vale salientar, por fim, *ad argumentandum*, que não se pode descartar que, se adotada a prática de “atualizar” valores – nesta e em outras leis –, potencialmente se estará contribuindo para restaurar a correção monetária e, assim, será estimulada a intensificação de pressões inflacionárias.

### 2.3 Supressão de práticas de exercício de posição dominante do rol de infrações concorrenciais

O Artigo 36 do PLC no 6/2009 relaciona práticas potencialmente anticompetitivas, em lista exemplificativa, entre elas a prática de celebrar acordos de exclusividade:

Artigo 36, § 3º:

(...)

XIX - exigir ou conceder exclusividade, inclusive territorial, de distribuição de bens ou de prestação de serviços (...).

A Emenda nº 21, que resultou de sugestão do senador José Agripino ao senador Dornelles, traz a seguinte redação: “Suprima-se o inciso XIX do § 3º do Artigo 36 do projeto”.

Entendemos que a Emenda nº 21 institui o salvo-conduto para uma das formas potencialmente mais flagrantes do abuso de posição dominante no Brasil, a qual tem sido condenada pelo Cade, inclusive em ocasião histórica, com a multa de R\$ 360 milhões aplicada à Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV), em 2009, justamente pelo efeito deletério sobre o mercado de práticas desta natureza.

Note-se que o Artigo 36, § 3º, do PLC traz um rol exemplificativo e não taxativo de condutas que podem ser consideradas infrações à ordem econômica, se configurarem a hipótese do *caput*. Ou seja, caberá ao SBDC avaliar o caso concreto, por meio da usual aplicação da ponderação de custos e benefícios sociais (*i.e.* utilização da regra da razão), e determinar se as práticas em questão são pró ou anticompetitivas. Isto se aplica também aos acordos de exclusividade, em qualquer jurisdição que tenha a livre concorrência como preceito constitucional.

4. No Senado, outra emenda (Emenda nº 29) propunha o valor reduzido de R\$ 150 milhões para notificação – em vez dos R\$ 400 milhões da lei atual ou do R\$ 1 bilhão da Emenda nº 24.

Lê-se no relatório do senador Francisco Dornelles:

Outrossim, também deve ser contemplada na subemenda à Emenda nº 36 a necessidade de se extirpar do PLC nº 6, de 2009, o inciso XIX do § 3º do Artigo 36, a fim de excluir do rol de infrações à ordem econômica a conduta caracterizada pela exigência ou concessão de exclusividade, inclusive territorial, de distribuição de bens ou de prestação de serviços.

Isso porque essa conduta, a distribuição com exclusividade, gera mais benefícios à eficiência econômica do que danos à concorrência. A eficiência gerada é chamada de economia de custos de transação: corresponde à economia nos gastos decorrentes de negociação de contratos e de monitoramento quanto ao cumprimento das obrigações avençadas.

Ao contrário do que relatou o senador, atualmente, na doutrina e na jurisprudência, observa-se um interesse renovado pelo tema das práticas de exclusão adotadas por firmas dominantes, tema que está na origem do antitruste. Assim, ou a entrante desiste do mercado, ou, como se pode acrescentar, recua para uma posição na franja do mercado, que não incomode a hegemonia da firma dominante. Em todos os modelos – reputação, sinalização ou bolso profundo –, o “predador” adota um comportamento de mercado agressivo – com redução localizada de preços, lançamentos de marcas para combater surgimentos de novos concorrentes, políticas de bonificação e descontos para pontos de venda, de modo a modificar as expectativas de lucratividade da “presa”. Após examinar uma série de modelos de distribuição exclusiva e detenção de entrada, Massimo Motta (2004)<sup>5</sup> conclui que:

certamente, modelos recentes (...) mostram que contratos de exclusividade apresentam um forte potencial de detenção de entrada. No entanto, não se pode esquecer que contratos de exclusividade frequentemente apresentam razões de eficiência também. É necessária uma maior compreensão de como os efeitos de exclusão e eficiência se equilibram, mas parece seguro admitir que o primeiro efeito deve dominar o segundo apenas se a firma que utiliza os contratos de exclusividade detém um posição de mercado muito forte (p. 372, tradução livre).

A transcrição dessa passagem – de um dos teóricos contemporâneos mais importantes em economia do antitruste, especialista no tema do abuso de posição dominante – tem o intuito de demonstrar quão falaciosa é a justificativa apresentada no relatório.

## 2.4 Valor das multas e base de cálculo

O texto do PLC nº 6 da Câmara, ao ser levado ao Senado, trazia a seguinte redação quanto aos valores das multas a serem aplicadas:

Artigo 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no mercado relevante em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, multa de 10% (dez por cento) a 50% (cinquenta por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do *caput* deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no mercado relevante em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

5. MOTTA, Maximo (2004). *Competition Policy - Theory and Practice*, Cambridge University Press.

O PLC nº 6 mantinha os valores das porcentagens da multa para a condenação de empresa que incorra em prática anticompetitiva, assim como as porcentagens para o administrador, mas restringia a base de cálculo. As multas não seriam mais de 1% a 30% do faturamento global da empresa no exercício anterior, mas exclusivamente do faturamento no mercado relevante no qual a conduta ocorreu, de forma que haveria uma redução substancial da punição aplicada a cada caso concreto.

A Emenda nº 22 alterou os incisos I e III do Artigo 37, dando-lhes a seguinte redação:

I – no caso de empresa, multa de 0,1% (zero vírgula um por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

(...)

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do *caput* deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do *caput* deste artigo.

A Emenda nº 22 altera as porcentagens das multas a serem aplicadas, reduzindo-as significativamente com relação ao PLC nº 6, e dramaticamente com relação aos parâmetros hoje vigentes na lei de defesa da concorrência. Tais alterações foram impostas em sentido radicalmente oposto às boas práticas internacionais, que têm buscado dissuadir condutas anticompetitivas com a aplicação de multas crescentemente elevadas, por seu potencial educativo, corretivo e dissuasório.

Acrescente-se que a teoria econômica indica que uma redução da ordem de dez vezes no nível das multas atualmente previstas pela lei poderá operar como incentivo perverso às práticas infrativas. Reduzindo-se significativamente o custo esperado de uma prática infrativa, uma vez detectada, tudo o mais constante, o ganho esperado com a prática torna-se mais atrativo. Assim, a redução drástica de multas proposta pela Emenda nº 22 deverá funcionar como poderoso mecanismo de incentivo para práticas infrativas, tudo o mais constante.

Finalmente, a Emenda nº 22 inova negativamente ao alterar a base de cálculo sobre a qual incidem as porcentagens para fins de fixação dos limites da multa a ser aplicada. Atualmente, a base de cálculo é o faturamento bruto da empresa no país. O PLC propunha que fosse o faturamento da empresa no mercado relevante objeto da conduta, enquanto a emenda trouxe redação nova, falando em faturamento no ramo de atividade empresarial. Trata-se de redação esdrúxula que insere termo novo na prática antitruste: “ramo de atividade empresarial”. Mercado relevante, ainda que haja controvérsia na sua definição em casos concretos, é conceito consolidado em defesa da concorrência. A utilização de terminologia cujo significado não está claro causará insegurança jurídica, subjetividade na aplicação da lei a casos concretos e, por conseguinte, mais contestações judiciais das decisões do Cade. Tanto é assim que o parecer do relator no Senado afirmou que “pela emenda, a base de cálculo volta a ser o faturamento bruto do infrator, no seu valor global, mas excluído o valor pago a título de tributos”, o que não está correto, pois a emenda fala em “ramo de atividade empresarial”.

O ideal a nosso ver seria o efetivo retorno à redação original da Lei nº 8.884, tendo-se por base de cálculo o “faturamento bruto do infrator, no seu valor global, mas excluído o valor pago a título de tributos”.

### 3 OUTRAS QUESTÕES IMPORTANTES

Esta seção se destina a apresentar outras questões consideradas importantes nas alterações ao PLC nº 6 apresentadas no Senado Federal. São questões pontuais que merecem menção, mas que não requerem uma abordagem mais sistemática e complexa como a exibida na seção anterior.

O Artigo 90 do projeto da nova lei de defesa da concorrência, que define atos de concentração, teve sua redação melhorada quanto a seu inciso IV em sua passagem pelo Senado. Trata-se da mesma Emenda nº 24 que alterou, a nosso ver erradamente, os valores para a notificação de atos de concentração. No trecho que antes considerava atos de concentração situações em que “2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo,

consórcio ou *joint venture*”, agora se lê: “duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, salvo se voltados ao atendimento de um empreendimento específico e com prazo determinado”. Caberá possivelmente regulamentar o alcance deste propósito e, mais importante, o prazo máximo para o empreendimento específico e a possibilidade de renovação – a fim de que esta isenção de notificação não sirva para dissimular atos com outro escopo e/ou atos permanentes.

Detectam-se ainda outros problemas, como os criados pela Emenda nº 24, que estabelece prazos que devem tecnicamente ser matéria de norma infralegal. Ademais, o Artigo 58 proposto pela emenda não determina prazo para a impugnação por parte de requerente, o que, caso prospere, gerará insegurança jurídica e custosas batalhas judiciais de alto impacto negativo para a sociedade e a administração pública.

Há alterações aparentemente pequenas com enorme impacto e custo social, como a redação proposta ao Artigo 64, que estende o dispositivo de aprovação tácita por descumprimento de prazos, de forma a englobar não somente aqueles previstos no capítulo específico, mas todos os prazos da lei de defesa da concorrência. É desnecessário salientar o caráter desastroso para o interesse público de tal emenda. Poderá ser obtida pela via judicial a aprovação automática (quer dizer, sem análise de mérito) de qualquer ato de concentração que descumpra ainda que minimamente qualquer prazo, mesmo que irrelevante, dentro dos inúmeros estipulados na lei.

A Emenda nº 25 suprime o primeiro parágrafo do Artigo 52, conforme a seguir.

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.

§ 1º A Superintendência-Geral deverá apresentar ao Tribunal e ao Procurador-Chefe, em periodicidade definida em resolução do Cade, relatório a respeito dos processos referidos no *caput* deste artigo, assegurado a estas autoridades requerer, a qualquer tempo, informações.

Caso seja mantido o § 1º, o que implica a opção por manter a competência da superintendência para fazer cumprir as decisões do tribunal, fundamental será a definição de mecanismos de prestação de contas, devido ao problema de agência, conhecido da teoria econômica e das organizações, que passará a estar envolvido. Seria desejável, portanto, derrubar a Emenda nº 25.

É mais eficiente evitar o clássico problema de agência, conforme desenhado na redação da Emenda nº 23, aqui transcrita:

Dê-se ao art. 52 do projeto a seguinte redação:

Art. 52. 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.

Por sua vez, a Emenda nº 27 precisa ser suprimida, sob o risco de se comprometer toda a utilidade que hoje tem o termo de compromisso de cessação de prática anticompetitiva (TCC). A Emenda nº 27 propõe a supressão do quarto parágrafo do Artigo 87 do PLC, que prevê que a proposta de TCC pode ser apresentada apenas uma vez. Pode-se querer fazer parecer que este dispositivo “engessaria” o sistema. No entanto, a verdade é que a apresentação única é essencial para que o instrumento TCC funcione.

A literatura é farta no estudo de mecanismos pelos quais o participante pode fazer somente uma oferta – como nos análogos leilões de preço selado, em que houve a histórica experiência no Brasil do leilão de venda do Banespa, entre outros. A apresentação única gera incentivos para que a empresa calcule o quanto tem a perder e ganhar em termos médios caso sua oferta de condições para que a lide seja cessada não prospere. Isto faz com que a mesma apresente um melhor leque de condições do ponto de vista da administração pública – no que se inclui uma contribuição pecuniária mais elevada para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Em outras palavras, se mantida a Emenda nº 27, um eficaz instrumento da defesa da concorrência perderá sua razão de existir, pois haverá maior incentivo para que lances menores que o valor subjetivo sejam propostos, engajando-se em um processo de lances sucessivos ou mesmo de barganha. Não mais haverá incentivos para se fazer um lance único que se aproxime do valor verdadeiro esperado que se atribui à causa, e ocorrerá incremento no tempo do processo e nos custos de transação – e, por conseguinte, total perda de efetividade do instrumento em questão.

## 4 CONCLUSÃO

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) está sendo aprimorado por meio do PLC nº 6/2009. Emanado da Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi objeto de 36 emendas no Senado Federal.

Este artigo apresentou argumentos pelos quais se faz necessário rejeitar na Câmara algumas dessas emendas apresentadas no Senado, com o intuito de manter-se o bom funcionamento da proteção da concorrência.

Caso a Câmara dos Deputados rejeite as emendas comentadas, o projeto terá seu espírito original resgatado, e ficarão mantidos os objetivos de aprimoramento e avanço institucional da defesa da concorrência em nosso país. Independentemente de qual será o resultado final da dinâmica republicana,<sup>6</sup> as perspectivas são positivas. Possivelmente ainda em 2011 poderemos contar com um desenho institucional e conjunto de instrumentos que consolidarão o esforço empreendido em direção à defesa de um dos principais alicerces das economias de mercado e das democracias: o direito à concorrência.

6

---

6. Lembre-se que o projeto irá ainda à sanção presidencial e poderá ter artigos parcial ou integralmente vetados.





## **EDITORIAL**

### **Coordenação**

Cláudio Passos de Oliveira

### **Supervisão**

Marco Aurélio Dias Pires

Everson da Silva Moura

### **Revisão**

Luciana Dias Jabbour

Reginaldo da Silva Domingos

Andressa Vieira Bueno (estagiária)

### **Editoração Eletrônica**

Bernar José Vieira

Cláudia Mattosinhos Cordeiro

Luís Cláudio Cardoso da Silva

Jeovah Herculano Szervinsk Junior

Aline Rodrigues Lima (estagiária)

### **Capa**

Jeovah Herculano Szervinsk Junior

### **Projeto Gráfico**

Renato Rodrigues Bueno

## **Livraria do Ipea**

SBS – Quadra 1 - Bloco J - Ed. BNDES, Térreo.

70076-900 – Brasília – DF

Fone: (61) 3315-5336

Correio eletrônico: [livraria@ipea.gov.br](mailto:livraria@ipea.gov.br)

Ipea – Instituto de Pesquisa  
Econômica Aplicada

**SE**  
SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS  
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA



GOVERNO FEDERAL  
**BRASIL**  
PAÍS RICO É PAÍS SEM POBREZA