

# A REVOGAÇÃO DA LEI N.º 8.884/94: PROJETO DE LEI N.º 5.877/05

*Pedro Dutra  
Eduardo Caminati Anders<sup>1</sup>*

*I. Introdução. II. A Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 5.877/2005 e os Fatos. III. A Eficiência do Projeto de Lei em Números Comparativos. IV. Aspectos Gerais do Projeto de Lei. V. Alguns Aspectos Específicos do Projeto de Lei. VI. Fluxogramas: comparação entre a Lei atual e o Projeto de Lei.*

## **I. Introdução**

Em 01 de setembro de 2005, o poder Executivo enviou Projeto de Lei para revogar a Lei n.º 8.884/94, de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico. Designadamente, não foi o Projeto de Lei posto em Consulta Pública.

Uma alteração pontual da lei vigente, para promover a integração da SDE ao CADE, como já ocorria antes da edição da Lei n.º 8.158/91 e que a lei atual indevidamente manteve, e aclarar questões tópicas seria necessária. Contudo, tal alteração não poderia servir de pretexto para frustrar – como pretende o Projeto de Lei – os avanços alcançados no regime da lei atual, em especial aqueles relativos à transparência hoje exibida na atividade do CADE, o seu sistema de decisão colegiada e aberta ao público, e o respeito à ampla defesa, que a lei em vigor, de redação clara e de boa técnica legislativa, assegura.

O debate, sonogado à sociedade quando da elaboração do Projeto de Lei, deve ser agora promovido. Nesse sentido, este trabalho alinha os principais pontos do Projeto de Lei, que propõe uma reforma extrema, tanto conceitual quanto formal, da atual lei, contrapondo-os ao da lei em vigor; e ao fim apresenta fluxogramas comparativos, relativos aos processos de apuração de práticas infrativas e de controle de atos de concentração do poder econômico, feitos a partir da Lei n.º 8.884/94 e do Projeto de Lei.

## **II. A Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 5.877/2005 e os Fatos**

### **1. Diz a Exposição de Motivos:**

---

<sup>1</sup> Advogados. Os autores agradecem a colaboração dos acadêmicos Renata C. Navarro Domingos e Ricardo Lara Gaillard.

a) “(...) *as alterações aqui propostas na Lei n.º 8.884/94, de 1994, (...)*” (Item 31, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

Não se trata de alteração, mas de revogação da lei atual, pois dela só restariam em vigor 04 artigos (arts. 85, 86, 87 e 88, da Lei n.º 8.884/94).

b) “(...) *o presente projeto de lei resulta de trabalho iniciado com a edição de Decreto datado de 11 de agosto de 2000, (...)*” (Item 9, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

A tentativa de revogação da Lei n.º 8.884/94 é praticamente contemporânea à sua edição; em janeiro de 1996, a já SDE defendia fosse a ela transferido o poder de decidir atos de concentração, cabendo ao CADE apenas rever tais decisões, tal como se tem no projeto atual.

c) “(...) *Grupo de Trabalho realizou exaustivo estudo sobre o Sistema.*” (Item 10, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

Se este estudo existe, porque não foi ele divulgado, assim como os dados estatísticos que deveriam, necessariamente, acompanhá-lo?

d) Principais dificuldades mencionadas na Exposição de Motivos do Projeto de Lei (Item 12, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

i) “*reduzida eficiência administrativa*”

Eficiência administrativa promove-se a partir da disposição de recursos humanos e materiais suficientes e da reiterada aplicação da Lei; cumpridos estes requisitos, se o caso, lei pontual pode solucionar questões que a jurisprudência e a doutrina não resolveram. Veja-se, neste sentido, a estabilidade da legislação norte-americana, fonte das demais.

ii) “*elevado custo para o administrado decorrente da existência de três órgãos distintos*”

Os três órgãos hoje existentes remanesceriam – aliás, seriam quatro: SEAE, Superintendência-Geral, (ex-SDE), Tribunal e Departamento de Estudos Econômicos; em verdade, o projeto traria apenas uma aglomeração de órgãos e uma redução de endereços: a SDE passaria a ter o mesmo endereço do CADE.

E seriam criados mais três cargos relevantes, dois secretários-adjuntos e o economista-chefe.

iii) *“carência do Sistema no que se refere a recursos materiais e humanos”*

Carência de recursos, assim como a liberação deles, resolve-se politicamente, pela definição das fontes e por meio do cumprimento da lei orçamentária. A experiência brasileira mostra ser inútil simplesmente prever recursos em lei ordinária.

iv) *“ênfase excessiva conferida a atos de concentração”*

Os atos de concentração ordinariamente superam em número os de apuração de condutas infrativas: a ênfase não é do CADE e sim da dinâmica do mercado; do número de processos relativos à infração à Lei instaurados pela SDE; e pela demora da SDE em concluí-los.

v) *“controle de concentrações realizado a posteriori”*

A notificação prévia – vista como inovação no Projeto de Lei – já existe na lei atual: o mercado a rejeita porque sabe que o ato notificado previamente à sua realização só seria decidido em tempo hábil se houvesse recursos em índice muito superior aos que até hoje foram destinados aos órgãos de defesa da concorrência; neste contexto, a notificação prévia deve ser estimulada de forma realista, e não exclusiva, como previsto no Projeto de Lei, pois teria efeito inverso: em razão da crônica falta de recursos dos órgãos, o represamento que já ocorre seria agravado pelo fato de todos os atos notificados não poderem, até a sua aprovação, ser realizados. Os atos mais simples, cerca de 95% do total das notificações, seriam os mais prejudicados, já que a jurisprudência atual do CADE, na prática, já confere aos atos complexos os efeitos da notificação prévia, ao impedir a realização deles, por meio do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação - APRO.

vi) *“critérios de notificação excessivamente amplos”*

Os critérios de notificação já foram identificados pela jurisprudência e pela doutrina. Não há tal confusão, embora se possa melhorar pontualmente a redação da regra atual.

vii) “dedicação do órgão julgante a todos os casos que dão entrada no Sistema”

O exame pelo CADE de todos os atos de concentração e dos processos sancionatórios de conduta vem garantindo a independência hierárquica e a transparência do CADE, órgão colegiado. O Projeto de Lei eliminaria este traço distintivo do CADE – e, note-se, em linha com os princípios constitucionais a nortear a administração pública -, ao estabelecer o poder decisório monocrático, e, portanto, vedado ao público, do Superintendente-Geral e permitir reuniões reservadas do CADE em geral, e não só as relativas às averiguações preliminares (art. 46, inciso II). Este ponto – essencial – será analisado em detalhe à frente.

e) “O Projeto de Lei ora apresentado reestrutura a defesa da concorrência no Brasil (...) de forma a permitir que tal Sistema possa funcionar com eficiência na proteção dos interesses dos consumidores e na promoção do desenvolvimento econômico sustentado” (Item 2, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

Vejamos como está previsto ocorrer esta eficiência, primeiramente os seus números. E, lembre-se, que o propósito da lei de defesa da concorrência, que desdobra o princípio constitucional da livre concorrência, não é promover o desenvolvimento econômico sustentado, embora a tanto possa colaborar: é antes reprimir e prevenir o abuso do poder econômico.

### III. A Eficiência do Projeto de Lei em Números Comparativos

	LEI N.º 8.884	PROJETO DE LEI	VARIAÇÃO (%)
PALAVRAS	9.779	13.908	42%
ARTIGOS	93	129	38%
ÓRGÃOS / AGENTES ENVOLVIDOS <sup>1</sup>	05	06	20%
TIPOS DE PROCESSO	03	05	66%
VIAS DA NOTIFICAÇÃO <sup>2</sup>	03	04	33%
RECURSOS <sup>3</sup>	01	03	200%
PARECERES ATO DE CONCENTRAÇÃO <sup>4</sup>	03 + MPF (facultativo)	até 11	175%
PARECERES PROCESSO ADMINISTRATIVO <sup>4</sup>	02 + SEAE (facultativo) + MPF (facultativo)	até 11	175%
SUSTENTAÇÕES ORAIS <sup>5</sup>	02	04	100%

<sup>1</sup>Lei 8.884/94: SEAE / SDE / Procuradoria do CADE / Conselho / Ministério Público Federal.

Projeto de Lei: SEAE / Tribunal / Superintendência-Geral / Departamento de Estudos Econômicos / Procuradoria Federal junto ao CADE / Ministério Público Federal.

<sup>2</sup>Lei 8.884/94: 1 via SEAE / 1 via SDE / 1 via CADE (art. 54, §4º).

Projeto de Lei: 1 via Superintendência-Geral / 1 via SEAE / 1 via Procuradoria Federal / 1 via Ministério Público Federal (art. 48).

<sup>3</sup>Lei 8.884/94: 1 recurso (art. 52, §2º - recurso voluntário – medida preventiva – processo administrativo).

Projeto de Lei: 03 recursos: (i) recurso contra decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendente-Geral (art. 62); (ii) recurso contra despacho do Superintendente-Geral que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou determinar o seu arquivamento (art. 63, §3º); e, (iii) recurso voluntário contra decisão do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral que adotar medida preventiva (art. 85, §2º).

<sup>4</sup>Lei 8.884/94: Ato de concentração: 03 + MPF (facultativo): (i) parecer da SEAE; (ii) parecer da SDE; (iii) parecer da Procuradoria do CADE; e, (iv) parecer do MPF (facultativo).

Processo administrativo: 02 + SEAE (facultativo) + MPF (facultativo): (i) parecer da SDE; (ii) parecer da SEAE (facultativo); (iii) parecer da Procuradoria do CADE; e, (iv) parecer do MPF (facultativo).

Projeto de Lei: até 11 pareceres (tanto em processo administrativo para aprovação do ato de concentração econômica como em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica):

(i) parecer da Procuradoria Federal solicitado pelo Conselheiro-Relator (facultativo) (art. 11, VI); (ii) parecer do Economista-Chefe solicitado pelo Conselheiro-Relator (facultativo) (art. 11, VII); (iii) parecer da SEAE solicitado por Conselheiro (facultativo) (art. 19, VII); (iv) parecer do Economista-Chefe solicitado pelo Superintendente-Geral (facultativo) (art. 14, IV); (v) parecer da Procuradoria Federal solicitado pelo Superintendente-Geral (facultativo) (art. 15, VII); (vi) parecer da SEAE solicitado pelo Superintendente-Geral (facultativo) (art. 19, VII); (vii) parecer do Economista-Chefe expedido de ofício (facultativo) (art. 17); (viii) parecer do Economista-Chefe solicitado pelo Procurador-Chefe (facultativo) (art. 17); (ix) parecer da SEAE expedido de ofício (facultativo) (art. 19, VII); (x) parecer da SEAE solicitado pela Procuradoria Federal (facultativo) (art. 19, VII); e, (xi) parecer do MPF expedido de ofício (facultativo) (art. 20, §2º).

<sup>5</sup>Lei 8.884/94: Ato de Concentração / Processo Administrativo: até 02 (art. 45):

(i) sustentação oral Procuradoria do CADE; e, (ii) sustentação oral Partes.

Projeto de Lei: processo administrativo para aprovação do ato de concentração econômica / processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica: até 04 (art. 46, III): (i) sustentação oral do Superintendente-Geral; (ii) sustentação oral SEAE; (iii) sustentação oral Procurador-Chefe; e, (iv) sustentação oral Partes.

## IV. Aspectos Gerais do Projeto de Lei

### *1. Decisão monocrática do Superintendente-Geral: fim do regime decisório colegiado e público; a inviabilidade prática dos recursos ao Tribunal definidos no Projeto de Lei*

a) O Projeto de Lei tornaria a decisão sobre atos de concentração, que hoje é pública e colegiada, em um ato monocrático e fechado ao público (não transparente) do Superintendente-Geral, em tese, apenas, sujeito à revisão do Tribunal.

O Tribunal teria o prazo de vinte dias para avocar o processo para julgamento, quando o ato fosse aprovado pelo Superintendente-Geral (art. 62, §4º), mediante provocação de um de seus Conselheiros. Na prática, a possibilidade de revisão por parte do Tribunal seria inexecutável ou extremamente limitada. A Superintendência-Geral não teria prazo para analisar o ato de concentração, mas o Tribunal, sim, e de vinte dias. A instrução de um caso complexo forma autos de mais de vinte volumes.

Seria materialmente possível ao Tribunal proferir decisão avocatória, fundamentada, em vinte dias? O mesmo se aplica à hipótese de terceiros recorrer.

b) Nada recomenda, em especial na experiência da administração pública brasileira atual, a concentração monocrática e fechada de poder decisório, em mãos do Superintendente-Geral, que não teria o seu nome sequer aprovado pelo Senado Federal. Sobretudo, quando a experiência mostrou ser o inverso a melhor prática administrativa: decisão colegiada e aberta ao público, como são as do CADE, é o melhor meio de se cumprir os princípios constitucionais a reger a administração pública: transparência, publicidade, etc.

O argumento de o regime monocrático proposto promover a celeridade não se sustenta; a celeridade deve ser antes estimada concretamente, por meio de cifras corretamente levantadas e cotejadas, o que não ocorreu. E, como alerta toda a doutrina jurídica especializada, a eficiência, mesmo se provada – o que não é o caso, pois nem estimada objetivamente foi, como se viu na exposição de motivos acima – não pode ser admitida se colocar em risco o cumprimento dos princípios constitucionais da administração pública, como seria o caso do regime proposto no Projeto de Lei.

## **2. Papel da SEAE e do Departamento de Estudos Econômicos**

a) Sobreposição de atividades entre este Departamento e a SEAE; por que a SEAE, ou parte dela, não integraria o CADE?

b) Por que destinar um terço do produto resultante da arrecadação da Taxa Processual de que trata a Lei n.º 9.781/99 (atos de concentração) à SEAE, que seria um órgão adjacente (art. 23, inciso I)?

## **3. “Redução dos guichês” ou mera unificação de endereços?**

a) Hoje, os órgãos de defesa da concorrência são: (i) CADE (conselheiros / procuradoria); (ii) SDE; (iii) SEAE; e, (iv) Ministério Público Federal;

b) Nos termos do Projeto de Lei, a “redução dos guichês” significaria a “estruturação do SBDC” com: (i) Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência; (ii) Superintendência-Geral; (iii) Departamento de Estudos Econômicos; (iv) Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE; (v) Ministério Público Federal; e, (vi) SEAE.

Na prática, haveria uma mera unificação de endereços: CADE e uma SDE, rebatizada de Superintendência-Geral (com poderes subtraídos ao CADE e concentrados monocraticamente), dividiriam o mesmo endereço.

Ao contrário de uma “redução de guichês” anunciada, haveria um aumento dos órgãos administrativos de defesa da concorrência.

## **4. Procedimentos novos**

a) O Projeto de Lei prevê cinco espécies de procedimentos administrativos *instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica* (art. 43): (i) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (ii) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (iii) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (iv) processo administrativo para aprovação do ato de concentração econômica; e, (v) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

b) Nos termos da Lei n.º 8.884/94, são três os procedimentos administrativos: averiguações preliminares, processo administrativo e ato de concentração. Qual a razão de se criar cinco procedimentos?

c) Não obstante haver criado o processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais, o Projeto de Lei não trouxe qualquer disposição sobre o seu rito.

d) A tipificação das espécies processuais criadas não seguiu critério técnico, evidenciando má técnica legislativa. Ora se tem “processo administrativo”, ora “processo”, ora “ato de concentração” (ver arts. 15, VI, VII; 19, VI, VII, 20, § 1º, II, 20, § 2º, art. 85, entre outros).

e) Qual a razão de se criar o procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica? O inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica já não seria um procedimento preparatório?

### **5. Quadro funcional / Orçamento do CADE**

a) A promulgação de lei criando cargos de carreira a serem destinados ao CADE deveria ser condição primeira ao início das discussões de alterações / revogação da Lei n.º 8.884/94. Nesse sentido, também deveria ser prioritária a ampliação do orçamento (e assegurada a sua execução desembargada) destinado aos órgãos de defesa da concorrência.

b) O art. 122, do Projeto de Lei, que criaria *duzentos cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental*, não solucionaria a questão da ampliação do orçamento do CADE. E, ainda, não resolveria, por completo, o problema do quadro funcional do CADE, na medida em que o mesmo artigo diz que os duzentos cargos criados seriam providos gradualmente, *observados os limites e a autorização específica da Lei de Diretrizes Orçamentárias*.

c) Como mostra a experiência, a simples inclusão de artigos dessa natureza em lei de defesa da concorrência não seria suficiente à criação de cargos, que dependeria de definição prévia de fontes orçamentárias, ora inexistente.

### **6. Aprovação prévia (art. 89, §2º)**

a) Diz o art. 89, §2º, do Projeto de Lei: “*O controle dos atos de concentração de que trata o caput será prévio*”.

b) Note-se que já está prevista a aprovação prévia na Lei atual (art. 54, §4º, da Lei n.º 8.884/94). Acertadamente, o mercado a rejeita porque sabe não haver recursos para a sua aplicação efetiva.

c) Não há estudo mostrando que a aprovação prévia, conforme os novos índices de jurisdição, agilizaria a aprovação dos atos de concentração.

d) Esse dispositivo constante no projeto alinharia o Brasil às jurisdições mais avançadas. Ocorre que o orçamento dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros, o seu quadro funcional e recursos materiais, como é fartamente sabido, não são – e nada indica virem a ser – comparáveis aos seus pares nas jurisdições mais avançadas. E, em especial, a cultura da administração pública brasileira, também ao contrário das experiências norte-americana e comunitária européia, crescentemente admite a aberta interferência, por várias formas, do poder Executivo nos órgãos reguladores e da defesa da concorrência, o que lhes reduz a eficiência e a transparência.

e) O resultado provável seria uma maior demora de aprovação dos atos e possível entrave aos investimentos. Não haveria a possibilidade de se realizar o negócio submetido antes de sua aprovação, o que hoje a lei permite.

f) Na hipótese de a realização de um negócio jurídico ocorrer no exterior, entre empresas estrangeiras, que viesse a ser lá aprovado, antes de o ser no Brasil; como deveriam agir as partes no Brasil?

## **7. Mercados regulados**

a) Qual seria, de acordo com o Projeto de Lei, o papel das agências reguladoras na análise de atos de concentração que envolvessem mercados regulados? A única menção à participação das agências reguladoras está no artigo 62, §2º (recurso contra decisão de aprovação do ato pela Superintendência-Geral).

## **8. Índices de jurisdição do CADE (art. 89)**

a) Terminologia não técnica: há o emprego do termo “operação”, que não é um termo jurídico. Ou se definisse o que seria “operação” (mas isso não ocorreu) ou se utilizasse o termo correto (por exemplo, “negócio jurídico”).

Outros exemplos de termos não técnicos: “consumação” (art. 89, §7º) / “transação”, que, na verdade, é uma tradução conceitualmente equivocada de *transaction* (negócio jurídico) do inglês (art. 91, § único).

b) Nos incisos I e II, do art. 89, do Projeto de Lei, estão expressos os índices de jurisdição do CADE. Pergunta-se: que estudos teriam embasado a determinação dos valores expressos nos referidos incisos? Onde estão esses estudos?

c) Segundo estudo elaborado pelo Dr. Gesner Oliveira, a adoção dos critérios propostos pelo Projeto de Lei resultaria em um aumento de notificações aos órgãos de defesa da concorrência, em comparação com os números de hoje, vigente a Súmula n.º 1 do CADE.

### ***9. A designada exclusão da sociedade ao debate do Projeto de Lei***

a) A preocupação em não submeter o Projeto de Lei à consulta pública foi manifesta. O exemplo da União Européia poderia ter sido inteiramente seguido, como se teve no caso da alteração EEC N.º 4046/89 – “*EC Merger Regulation*”. Veja-se:

i) Em 21 de dezembro de 1989, foi promulgado o *EC Merger Regulation* (EEC n.º 4046/89). Passados dez anos de vigência da Lei, a *European Commission* anunciou, em junho de 2000, que alteraria o *Merger Regulation*.

ii) Em dezembro de 2001, a *European Commission* publicou documento que continha, de forma detalhada, os maiores problemas do *EC Merger Regulation* e as possíveis soluções vislumbradas a solucioná-los (“*Green Paper*”). O “*Green Paper*” foi submetido ao processo de consulta pública durante quase quatro meses (de 11 de dezembro de 2001 a 31 de março de 2002). Foram recebidos 114 comentários sobre o texto, a maioria (50%) proveniente de empresas; o restante, dividido entre escritórios de advocacia, associações comerciais e pelos diversos Estados-Membros da União Européia.

iii) Em dezembro de 2002, foi publicada a minuta do texto do *EC Merger Regulation* (“*Proposal for a new EC Merger Regulation*”). O texto foi submetido ao processo de consulta pública por durante quase quatro meses (de 11 de dezembro de 2002 a 31 de março de 2003). Foram recebidas dezenas de comentários de escritórios de advocacia e de associações e organizações comerciais.

iv) Em 10 de janeiro de 2004, o *EC Merger Regulation* foi aprovado, entrando em vigor em 01 de maio de 2004.

## **V. Alguns Aspectos Específicos do Projeto de Lei**

### ***1. Mandatos***

O mandato do Presidente do Tribunal e dos Conselheiros seria de qua-

tro anos, não coincidentes (art. 6º, § 1º). Seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal (art. 6º, *caput*).

Já o mandato do Superintendente-Geral seria de dois anos, permitida a recondução para um único período subsequente (art. 12, § 2º). Não se justifica prazo tão curto, a não ser a possibilidade de o Executivo poder facilmente descartar o Superintendente-Geral que não viesse a cumprir com as suas determinações políticas. Tratar-se-ia de facilitar a partidarização do órgão. E, ainda, a questão: por que a indicação do Superintendente-Geral feita pelo Presidente da República não seria submetida à aprovação pelo Senado Federal, tal como ocorreria com os Conselheiros (art. 12, §1º)?

## ***2. Limitação à independência do CADE***

O art. 21, § único, do Projeto de Lei, ao tratar “*do patrimônio, das receitas e da gestão administrativa, orçamentária*” do CADE constituiria a Superintendência-Geral em “*unidade gestora, para fins administrativos e financeiros*”.

O Projeto de Lei criaria dentro do CADE um órgão totalmente autônomo em relação ao próprio CADE, tanto em termos de desempenho de funções como em termos de gestão. Portanto, tratar-se-ia de um fator limitador da independência do CADE.

## ***3. Redução do direito de defesa***

Nos termos do art. 46, inciso IV, do Projeto de Lei, haveria uma redução, para 48 horas, do prazo para publicação da pauta antes da sessão de julgamento.

## ***4. Recurso***

Por que o recurso previsto no art. 63, §3º, teria sua forma determinada em regulamento e não pela própria lei, tal como aconteceria com o recurso contra a decisão de aprovação do ato pelo Superintendente-Geral (arts. 49, I e 51, I)?

## ***5. Multas***

As multas previstas no art. 37 (falta injustificada do representado ou

de terceiros em sua oitiva) e no art. 38 (impedir, obstruir ou dificultar a realização de inspeção) seriam aplicadas mediante a lavratura de auto de infração pela autoridade competente.

Pergunta-se: por que não há previsão de lavratura de auto de infração para aplicação das multas previstas no art. 35 (continuidade de atos ou situações que configurem infração à ordem econômica, após a decisão do Tribunal); no art. 36 (recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação); e, no art. 39 (enganosidade ou a falsidade de informações)?

#### **6. Multa ao litigante de má-fé (art. 62, § 3º)**

a) Qual seria aqui o conceito de litigância de má-fé?

b) A multa prevista nesse artigo poderia servir como um inibidor à interposição de recurso em face da decisão de aprovação do ato pelo Superintendente-Geral (art. 62, *caput*).

#### **7. Testemunhas**

Qual o embasamento legal para a limitação a três testemunhas que poderiam ser arroladas pelo representado, em sede de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (art. 67)? Por que exigir do representado a indicação das testemunhas – inclusive com a qualificação completa - logo no início do procedimento?

#### **8. Transparência / Publicidade**

a) Por que não há disposição expressa no Projeto de Lei de elaboração e divulgação ampla e aberta de relatórios anuais da SEAE, da Superintendência-Geral e do CADE (com dados de todos os seus órgãos)?

b) Por que o relatório previsto no art. 47, §1º, do Projeto de Lei (“*A Superintendência-Geral deverá apresentar ao Tribunal, ao Procurador-Chefe e ao representante do Ministério Público Federal, (...), relatório à respeito dos processos referidos no caput, assegurando a estas autoridades requerer, a qualquer tempo, informações*”) não seria também disponibilizado ao administrado?

## 9. Sigilo

“Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral” (art. 63, §9º) (grifamos).

O sigilo existe para proteger o administrado, no caso o investigado, e a instrução processual, e não somente esta última.

## 10. Acesso aos autos

Nos termos do art. 67, §4º, do Projeto de Lei: “O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso aos autos **no Tribunal**”. (grifamos)

E o acesso aos autos na Superintendência-Geral? Qual o fundamento legal a justificar a sua proibição? Clara a violação ao texto constitucional (ampla defesa, art. 5º, inciso LV, CF).

## 11. Eliminação do dever legal de o agente administrativo especificar os fatos a serem apurados em processo administrativo por ele instaurado

Eliminou-se a exigência – atualmente contida no art. 32, da Lei n.º 8.884/94 - de especificação, no despacho de instauração do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, dos fatos a serem apurados nessa investigação (art. 67).

## 12. Leniência

O Projeto de Lei prevê em seus artigos 87 e 88 o programa de leniência.

a) Insegurança jurídica: o CADE e não mais a União, como é hoje, passaria a celebrar os acordos de leniência (art. 87). Problema: dificilmente o Ministério Público seria envolvido com o processo de celebração do acordo de leniência, o que causaria insegurança ao administrado, no caso o leniente.

b) Art. 87, §1º: “O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham **estado à frente da conduta** tida como infracionária.” (grifamos).

Termo não técnico: “*estado à frente*”. Difícil identificar se a empresa esteve ou não à frente: conduta dinâmica / acordos tácitos.

c) Contradição entre os §§ 9º e 10, do art. 87:

“§9º - Considera-se **sigilosa a proposta de acordo** de que trata este artigo, **salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.** §10 – Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a **proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.**” (grifamos)

Assim, fica a questão: guardar-se-ia ou não o sigilo da proposta? Foco de insegurança jurídica ao administrado.

### 13. Acordo – Ato de Concentração

a) O art. 95, do Projeto de Lei, prevê a figura do *acordo em controle de concentrações*:

“Art. 95. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, firmar acordo com os interessados (...) de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação”.

Do projeto poder-se-ia deduzir o entendimento no sentido de que o acordo previsto no referido artigo seria equivalente ao compromisso de desempenho previsto no art. 58, da Lei n.º 8.884/94. Este entendimento certamente suscitaria disputas hermenêuticas desnecessárias.

Na verdade, o acordo em controle de concentrações assemelhar-se-ia à figura da negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração. Note-se que o próprio art. 95, do Projeto de Lei, é expresso ao determinar que a “Superintendência-Geral poderá, (...), **antes** de impugnar a operação, firmar acordo com os interessados (...)” (grifamos).

A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração é um direito subjetivo das requerentes de atos de concentração. O Projeto de Lei, ao determinar que a *SG* poderá firmar acordo, abriria espaço a uma interpretação no sentido de que caberia apenas ao Superintendente-Geral decidir se deveria ou não chamar as requerentes para uma eventual negociação do acordo.

#### ***14. Ênfase na análise de atos de concentração ou na repressão de condutas infrativas?***

Contradição entre o Projeto de Lei e sua exposição de motivos (EM nº 00107 – A – MJ/MF/MP).

Diz o art. 46, I, do Projeto de Lei: “os atos de concentração terão prioridade sobre o julgamento de outras matérias”.

EM nº 00107 – A – MJ/MF/MP, item 14: “O Sistema tem conferido ênfase excessiva à análise de atos de concentração, em detrimento da repressão a condutas anticompetitivas, ao passo que internacionalmente existe o consenso a respeito de que um sistema de defesa da concorrência deve privilegiar a última vertente, tendo em vista seu potencial lesivo aos consumidores” (grifamos).

## VI. Fluxogramas: comparação entre a Lei atual e o Projeto de Lei

### LEI N.º 8.884/94 ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA\*



**1** Protocolo em 3 vias na SDE, sendo imediatamente uma via enviada ao CADE e uma à SEAE (art. 54, parágrafo 4º).

**2** Expedição de parecer pela SEAE no prazo de 30 dias (art. 54, parágrafo 6º) / Autos encaminhados à SDE.

**3** Expedição de parecer pela SDE no prazo de 30 dias (art. 54, parágrafo 6º) / Autos encaminhados ao CADE.

**4** Expedição de parecer pela Procuradoria do CADE no prazo de 20 dias (arts. 10 e 42).

**5** Expedição de parecer pelo Ministério Público Federal (art. 12).

**6** Expedição de parecer pelo Plenário do CADE (art. 54, parágrafo 6º).

**OBS:** Recebida da SDE uma das vias da notificação, proceder-se-á a distribuição do processo na primeira Sessão de Distribuição realizada pelo CADE

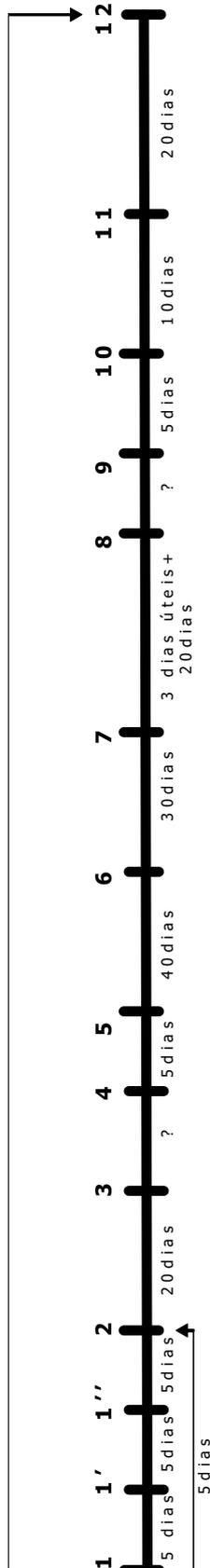
**OBS:** Os prazos estabelecidos ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo. Não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido, serão automaticamente considerados aprovados (art. 54, parágrafo 7º e 8º).

**OBS:** As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo (art. 50).

**OBS:** Os prazos estabelecidos ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo. Não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido, serão automaticamente considerados aprovados (art. 54, parágrafo 7º e 8º).

\* Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos na Lei n.º 8.884/94, para efeito de comparação entre esta e o Projeto de Lei.

**PROJETO DE LEI N.º 5.877/05**  
**PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APROVAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA\***



? = Não há prazo previsto no Projeto de Lei

**1** Protocolo da notificação, em 4 vias, no CADE (art. 48) / No prazo de 5 dias contados do protocolo da notificação, o Superintendente Geral (SG) poderá determinar que, no prazo de 5 dias, seja emendada a notificação (art. 48, §1º).

**1\*** Protocolo, em 4 vias, da notificação emendada, no prazo de 5 dias contados da data da publicação do despacho do SG (art. 48, §1º).

**2** No prazo de 5 dias contados do protocolo da notificação sem vícios, com ou sem emenda, o SG publicará edital (art. 48, §2º).

**OBS:** O SG encaminhará as demais cópias da notificação à SEAE, à Procuradoria Federal e ao MPF para que esses órgãos, querendo, se manifestem.

**3** No prazo de 20 dias contados da publicação do edital, o SG deverá:

- a) proferir decisão terminativa (decisão recorível) (art. 49, I); ou
- b) determinar a realização de instrução probatória. **Não há prazo estipulado no**

**Projeto de Lei ao SG para que ele conclua a instrução probatória.** (art. 49, II).

**4** Conclusão da instrução probatória.

**5** No prazo de 5 dias contados da conclusão da instrução probatória, o SG se manifestará:

- a) sobre o satisfatório cumprimento da instrução processual (art. 50); ou
- b) determinando sejam refeitas as provas (art. 50). Nesta hipótese, dar-se-ia início a uma nova instrução probatória, retornando-se ao item **3.b**).

**6** No prazo de 40 dias contados do satisfatório cumprimento da instrução processual, o SG deverá:

- a) aprovar o ato sem restrições (art. 51, I) (decisão recorível);
- b) aprovar o ato com restrições (art. 51, I); ou
- c) rejeitar o ato de concentração (art. 51, I).

Nas duas últimas hipóteses, o SG oferecerá impugnação ao ato, encaminhando os autos ao Tribunal (art. 51, I e II).

**OBS:** o SG poderá, antes de impugnar o

ato, firmar acordo com as requerentes, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais à respectiva aprovação (art. 95).

**7** No prazo de 30 dias contados da publicação da distribuição do ato a um Conselheiro-Relator, as requerentes poderão apresentar defesa administrativa (ao Presidente do Tribunal) (art. 53).

**8** No prazo de 20 dias contados do 3º dia útil após o decurso de prazo para apresentação da defesa administrativa, o Conselheiro-Relator proferirá decisão:

- a) determinando a inclusão do processo em pauta para julgamento (art. 54, I) (nessa hipótese, passar-se-ia ao item 15 abaixo);
- b) determinando ao SG e às requerentes a realização de novas provas complementares, especificando-as (art. 54, II);
- c) autorizando ou suspendendo precária ou liminarmente a realização do ato de concentração econômica, (art. 54, III).

**9** Conclusão da instrução probatória.

**10** No prazo de 5 dias contados da conclusão da instrução probatória, o Conselheiro-

ro-Relator deverá se manifestar sobre o satisfatório cumprimento das diligências:

- a) recebendo-as como adequadas (art. 55); ou
- b) determinando sejam refeitas (art. 55) (nessa hipótese, dar-se-ia início à realização de novas diligências, retornando-se ao item **10.b**).

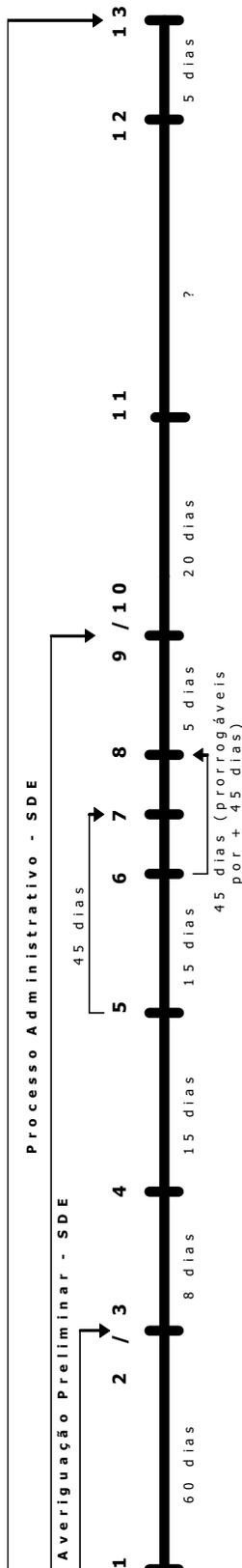
**11** No prazo de 10 dias contados da data da intimação da decisão de recebimento das provas, o SG e as requerentes poderão apresentar memoriais (art. 56).

**12** No prazo de 20 dias contados do decurso de prazo para apresentação de memoriais, o Conselheiro-Relator incluirá o caso na pauta para julgamento (art. 57) / Julgamento.

**OBS:** conhecido o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo (art. 59, p.u.)

\* **Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos no Projeto de Lei, para efeito de comparação entre este e a Lei n.º 8.884/94.**

## AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR/PROCESSO ADMINISTRATIVO\*



? = Não há prazo previsto no Projeto de Lei

- 1 Promoção de Averiguação Preliminar pela Secretaria de Direito Econômico, quando os indícios de infração não forem suficientes à instauração de processo administrativo (art. 30).
- 2 Conclusão da Averiguação Preliminar, no prazo de 60 dias. O Secretário de Direito Econômico poderá arquivá-la, ou instaurar processo administrativo (art. 31).  
OBS: Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos artigos referentes à instrução processual de processos administrativos, inclusive requerer esclarecimentos da Representada ou de terceiro (art. 30, parágrafo 1º).
- 3 Conhecimento do fato supostamente infrativo, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares pelo Secretário de Direito Econômico (art. 32).
- 4 O processo administrativo será instaurado, pelo Secretário de Direito Econômico, no prazo de 8 dias contados da data do conhecimento do fato suposta-

mente infrativo, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares (art. 32). A representação será intimada da instauração do processo administrativo e intimada a apresentar defesa (art. 33).

- 5 Apresentação de defesa pela representada no prazo de 15 dias (art. 33).
- 6 No prazo de 15 dias contados do protocolo da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria (art. 35).
- 7 A representada apresentará as provas de seu interesse no prazo de 45 dias, contados do protocolo da defesa (art. 37).
- 8 Encerrado o prazo de 45 dias para a conclusão das diligências (art. 35), o Secretário de Direito Econômico poderá:
  - a) determinar o encerramento da instrução processual e a intimação da representada para, no prazo de 5 dias, apresentar alegações finais (art. 35, parágrafo 1º) ou;
  - b) determinar a prorrogação, por mais 45 dias, do prazo para a realização de diligências (art. 35, parágrafo 1º).
- 9 Protocolo das alegações finais pela re-

presentada no prazo de 5 dias (art. 39) / O Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá:

- a) pela remessa dos autos ao Cade para julgamento; ou
- b) pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade (art. 39).
- 10 O Conselheiro-Relator abrirá vista à Procuradoria do CADE, pelo prazo de 20 dias (art. 42).
- 11 Expedição do parecer da Procuradoria do CADE e remessa dos autos ao gabinete do Conselheiro-Relator (art. 42) / O Conselheiro-Relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, na forma do art. 35, bem como facultar à Representada a produção de novas provas, quando entender insuficientes à formação de sua convicção os elementos existentes nos autos (art. 43).
- 12 O Conselheiro-Relator elaborará o voto e incluirá o processo na pauta para julgamento, intimando as partes do julgamento em até 5 dias anteriores à sua realização (art. 45).

13 Julgamento do Processo Administrativo pelo Plenário do Cade.

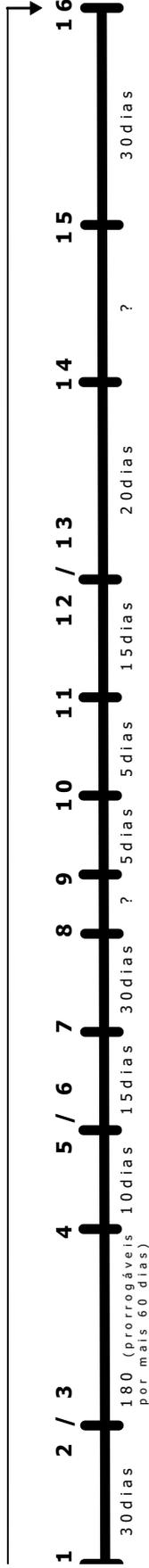
OBS: Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva (art. 52).

OBS: Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE *ad referendum* do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação (art. 53).

OBS: A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo \*de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica (art. 35-B).

\* Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos na Lei n.º 8.884/94, para efeito de comparação entre esta e o Projeto de Lei.

**PROJETO DE LEI N.º 5.877/05**  
**PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA\***



solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento (art. 74) / Julgamento.

**OBS:** As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se de imediato sua execução (art. 80).

**OBS:** Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Conselheiro-Relator ou Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do CADE, adotar medida preventiva (art. 85).

**OBS:** Em qualquer fase do inquérito administrativo poderá ser proposto compromisso de cessação de prática sob investigação pela Superintendência-Geral, a ser celebrada *ad referendum* do Tribunal (art. 86).

**OBS:** O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou redução da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autores de infração à ordem econômica (art. 87).

**\* Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos no Projeto de Lei, para efeito de comparação entre este e a Lei n.º 8.884/94.**

no da instrução processual, o SG notificará a representada para apresentação de alegações finais (art. 70).

**11** No prazo de 5 dias contados da notificação a representada deverá apresentar suas alegações finais (art. 70).

**12** No prazo de 15 dias contados do decurso de prazo para apresentação das alegações finais, o SG remeterá os autos ao Tribunal opinando:

- a) pelo arquivamento dos autos (art. 71); ou
- b) pela configuração de infração (art. 71).

**13** O Conselheiro-Relator poderá enviar os autos à Procuradoria do CADE para que ela se manifeste em 20 dias (art. 72).

**14** Recebido o processo da Procuradoria, ou diretamente do SG, o Conselheiro-Relator poderá decidir:

- a) pelo julgamento do PA (art. 73); ou
- b) pela conversão do julgamento em diligência devolvendo os autos à SG para que a promova no prazo que determinar (art. 73).

**15** Conclusão das diligências.

**16** No prazo de 30 dias contados da conclusão das diligências, o Conselheiro-Relator

60, para encerrá-lo (art. 63, §8º).

**4** Encerramento do inquérito administrativo.

**5** No prazo de 10 dias contados do encerramento do inquérito administrativo o SG decidirá pelo:

- a) arquivamento do inquérito administrativo (art. 64) (decisão recorrível); ou
- b) instauração de processo administrativo (art. 64).

**6** Notificação da Representada para apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, no prazo de 15 dias (art. 67).

**7** Protocolo da defesa pela Representada no prazo de 15 dias, contados da sua notificação, para apresentar defesa.

**8** No prazo de 30 dias contados do decurso de prazo para apresentação de defesa, o SG determinará a produção de provas (art. 69).

**9** Conclusão da instrução processual (**não há prazo estipulado no Projeto de Lei ao SG para que ele conclua a instrução processual**).

**10** No prazo de 5 dias contados do término

? = Não há prazo previsto no Projeto de Lei

**1** Protocolo de representação por qualquer interessado ou verificação por parte do SG de indicio de infração à ordem econômica (peças de informação) (art. 63, §1º) / O SG poderá instaurar procedimento preparatório, cujas diligências deverão ser realizadas em 30 dias (art. 63 §2º).

**2** O SG decidirá:

a) instaurar o inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica (art. 63, “caput”); ou

b) arquivar o procedimento preparatório ou indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou determinar seu arquivamento (art. 63, §3º). (decisão recorrível)

**OBS:** Do despacho que ordenar o arquivamento do procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura, ou determinar seu arquivamento, caberá recurso de qualquer interessado e do MPF ao SG (art. 63, §3º).

**3** Instaurado o inquérito administrativo, o SG terá 180 dias, prorrogáveis por mais

