

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#)

Alterações no CADE por novo projeto

Projeto é muito importante, mas algumas adaptações são necessárias

Recentemente o Deputado Federal Jaime Martins (Pros-MG) apresentou o Projeto de Lei 10.830/18 com o objetivo de alterar a Lei 12.529/11, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência (LDC). Sua Justificação é louvável, inserindo este Projeto num pacote de 70 projetos que visa coibir a corrupção.

Vão aqui alguns comentários a tal Projeto, começando pela alteração do § 1º do art. 6º que, originalmente, tem a seguinte redação: "O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução". O Projeto acrescentou, após a referência à não coincidência, "com intervalo mínimo de seis meses".

Explica corretamente a Justificação do Projeto: "O sistema de mandatos não coincidentes visa, justamente, a evitar que o chefe do Poder Executivo realize indicações em bloco, comprometendo, assim, a autonomia e estabilidade do colegiado. A renovação da maioria do Tribunal de uma vez também compromete a previsibilidade e segurança jurídica das decisões". O texto acima da Justificação também diz respeito ao § 6º acrescentado aos originais: "O início da fluência do prazo do mandato será imediatamente após o término do mandato anterior, independentemente da data de indicação, nomeação ou posse do membro do Tribunal". Explica aqui a Justificação: "Não obstante o art. 113 da Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste) ter visado à implementação de mandatos não coincidentes para os membros do Tribunal do Cade, observa-se, na prática, que a falta de previsão expressa de que o prazo de quatro anos do mandato contar-se-ia do término do mandato anterior, e não da posse do novo membro, comprometeu a efetividade da norma". Completa: "Em 2015, três conselheiros, indicados pela mesma Presidente da República, tomaram posse, entre 15 de julho e 16 de setembro, o que certamente destoava da intenção da Lei Antitruste".

Assim, de acordo com o Projeto, encerrado um mandato de Conselheiro, o Conselheiro que vier a ser nomeado terá como termo inicial do seu mandato o dia seguinte ao do término do mandato do Conselheiro que sair; na prática, se o novo Conselheiro não for indicado com tempo prévio

suficiente, ainda na vigência do mandato que termina, os trâmites de aprovação no Senado Federal poderão tirar algum tempo do mandato.

O Projeto estabelece, nos §§ 7º e 8º, as regras de transição: “O Poder Executivo expedirá regras transitórias para garantir o sistema de mandatos não coincidentes, com intervalo mínimo de seis meses”; e “A regulamentação a que se refere o § 7º deste artigo poderá prever mandatos inferiores a 4 (quatro) anos”. A regra de transição é meritória; a única crítica que a ela fazemos diz respeito à importância de se estabelecer o tempo mínimo (que a nosso ver deve ser de dois anos) do mandato inferior a quatro anos. Temos aqui em vista os mesmos objetivos traçados na Justificação: autonomia, estabilidade, previsibilidade e segurança.

O § 2º do art. 12 altera o mandato do Superintendente-Geral, que hoje é de dois anos, permitida a recondução; com a nova redação, passa a ser de quatro anos, vedada a recondução. Na Justificação encontramos que “esse mandato mais curto e a previsão de recondução acabam por fragilizar a independência do Superintendente-Geral”. É preciso aqui entender que a natureza do cargo de Superintendente-Geral é distinta da dos Conselheiros. Estes têm função eminentemente decisória enquanto aquele tem função de investigação, ficando muito mais próximo dos fatos, mas não formando jurisprudência. Esta é a razão do seu mandato ser de apenas dois anos; não vemos aí o comprometimento da independência, razão pela qual a alteração nos parece desnecessária.

No caso do Economista-Chefe o Projeto apresenta mudança radical. Na lei vigente, ele é nomeado conjuntamente pelo Presidente do Cade e pelo Superintendente Geral; já o Projeto, alterando o art. 18 da LDC, diz que ele será nomeado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal. Recorre-se novamente à Justificação: “A previsão de mandato para o Economista-Chefe também contribui para o fortalecimento institucional do Cade, ao garantir maior independência a um de seus órgãos técnicos e, conseqüentemente, maior imparcialidade e cientificidade aos trabalhos que produzir”. Esta mudança é correta, mas peca ao estabelecer que o mandato é de quatro anos, sendo permitida a recondução por mais um período. Não vemos motivo para tratamento diferente do que é dado aos Conselheiros. O inciso I do art. 37, ao estabelecer as sanções, também é objeto de alteração pelo Projeto. A redação original começa falando de “empresa”, palavra que o Projeto substitui por “pessoas jurídicas que desempenhem atividade econômica”. A Justificação entende que existe atecnia da redação atual, entendendo que a nova redação “permitirá a aplicação do dispositivo a outras pessoas jurídicas que efetivamente auferem faturamento, mas não se caracterizam como sociedades empresárias, como é o caso das sociedades cooperativas e sociedades simples”. A Justificação, neste ponto, parece-nos equivocada pois há muito tempo o conceito de empresa abrange a atividade econômica, não se confundindo com o conceito de sociedade (civil ou comercial).

Outra alteração do inciso I do art. 37 resolve um problema, mas cria outro, talvez pior. Com efeito, o Projeto substitui a expressão “faturamento bruto no ramo de atividade” por “faturamento bruto”. Diz a Justificação que tal alteração “é desejável porque o ramo de atividade não é um conceito jurídico ou econômico determinado, o que retira a objetividade e segurança jurídica na

fixação do teto da multa". Está correta a Justificação ao tratar da indeterminação do conceito de "ramo de atividade", mas, no momento em que esta expressão é retirada sem a substituição por qualquer outra (exemplo: mercado relevante), o que se tem é uma possibilidade enorme de violação do princípio da isonomia. Imagine-se um cartel em que um dos participantes seja uma empresa com vários produtos e outra seja fabricante de um produto só, exatamente o que é objeto do cartel. A empresa que oferta vários produtos deverá pagar multa sobre muitos produtos fora do cartel. Se este produto objeto do cartel for marginal dentro do portfólio da empresa, esta, em vez de simplesmente ser multada, cará inviabilizada, com consequências para a economia como um todo. Não é este o objetivo da política antitruste.

Preocupou-se o Projeto também com a dosimetria da sanção ao acrescentar aos oito itens do art. 45 da LCD – "a gravidade da infração", "a boa-fé do infrator", "a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator", "a consumação ou não da infração", "o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros", "os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado", "a situação econômica do infrator" e "a reincidência" – os seguintes três: "o papel de líder ou de instigador do infrator", "a duração da infração" e "a efetiva reparação dos danos causados a terceiros em razão da infração". Também cará revogado o inciso que trata da "situação econômica do infrator". Quanto à revogação, mais uma vez recorre-se à Justificação: "(...) busca-se que argumentações genéricas de situação econômica deficitária não sejam suficientes para diminuir a penalidade sem que seja feita uma efetiva análise econômica- financeira do infrator". Nada a opor.

A questão prescricional é também abordada mediante o acréscimo de parágrafos ao art. 47 original, sendo os mais importantes o 1º e o 2º; o primeiro diz que "o prazo prescricional para a ação do caput deste artigo será contado da ciência inequívoca da infração à ordem econômica"; já o segundo estabelece: "Presume-se a ciência inequívoca da infração à ordem econômica pela publicação da decisão do Tribunal do Cade, referente ao julgamento do processo administrativo, no Diário Oficial da União". O texto está em linha com o Projeto de Lei do Senado 283/2016. Cria-se aqui um elemento de certeza temporal que, se não é o ideal, pelo menos milita a favor da segurança jurídica. Todavia, é importante a unificação dos projetos, sobretudo face à possibilidade de emendas conflitantes.

Inútil é o § 3º: "A instauração de procedimento para apuração da infração contra a ordem econômica pela Superintendência-Geral suspende o prazo prescricional para ajuizamento das ações de que tratam o caput deste artigo". Com efeito, não existe sentido em suspender um prazo que sequer começou.

No geral, o bem-intencionado projeto é muito importante; mas, como visto acima, as adaptações são necessárias.

Artigo publicado anteriormente em Jota, em 11 de janeiro de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracoes-no-cade-por-novo-projeto-11012019