

A defesa da concorrência no Brasil e o projeto de lei que cria a ANCC: aspectos polêmicos

Jete Jane Fiorati

Sumário

1. Uma breve nota histórica. 2. Do Projeto de Lei, da Lei 8.884/94 e de suas disposições. 3. Conclusões parciais com sugestões.

1. Uma breve nota histórica

Na Baixa Idade Média, séculos XII-XIII, as cidades independentes, especialmente aquelas situadas na península itálica, receberam um forte contingente populacional *pari passu* a uma paulatina diminuição do poder feudal, permitindo que essas cidades tornassem pólos comerciais e mercantis para onde afluíam comerciantes e artesãos de todos os recantos da Europa. Esses comerciantes e artesãos organizavam-se como agentes econômicos individuais e de dimensão similar (atomicidade) gozando de paridade e igualdade absolutas num sistema de livre concorrência.

Devido a condições políticas, econômicas e religiosas da Idade Média, grandes eram os riscos enfrentados pelas cidades e por seus habitantes, que prosperavam e enriqueciam-se por meio do comércio e do artesanato. Assim, os comerciantes e artesãos passaram a se organizar em guildas ou corporações de ofício, que possuíam funções *auto-regulatória*, disciplinando os usos e costumes do comércio, e *de defesa* contra os senhores feudais e contra os próprios comerciantes que adotassem práticas contrárias à auto-regulamentação, colocando em risco o comércio e a atividade artesanal (KÜBBER;

Jete Jane Fiorati é Professora Livre Docente em Direito Internacional da UNESP, Mestre e Doutora em Direito, Pesquisadora do CNPq e Consultora Jurídica.

SCHIMIDT, 1988, p. 14). Esses usos e costumes não-escritos adotados pelos comerciantes provenientes das diversas localidades para reger suas atividades mercantis ficaram conhecidos como *Lex Mercatoria*.

No final do século XV, com o ressurgimento dos ideais de universalidade da civilização greco-romana, o feudalismo perdeu seu prestígio e foi substituído pelo absolutismo monárquico, que centralizou na pessoa do rei todos os poderes, inclusive o de elaborar e aplicar as leis. Em decorrência do absolutismo, a *Lex Mercatoria* entrou em decadência, sofrendo as relações comerciais disciplina jurídico-legal do direito interno de cada Estado, bem assim os princípios que dirimiam as controvérsias relativas à lei aplicável àquelas demandas em que potencialmente pudessem ser aplicadas normas oriundas de ordenamentos jurídicos distintos.

Mudou-se a fonte normativa, não mudou o caráter essencial do comércio e do artesanato exercido pelos particulares: ele era exercido por meio da empresa individual explorada pelo comerciante singular, com meios econômicos e capitais exíguos, poucos trabalhadores, normalmente a família e agregados do empresário, um número limitado de clientes. Surgiam como exceções a esse sistema os monopólios públicos dos reis sobre os metais (o metalismo) e as companhias holandesas e inglesas de colonização que se constituiriam no embrião das sociedades anônimas por ações do século XIX (RODIÉRE, 1969, p. 13-14).

As Revoluções Francesa e Americana que pregavam a livre iniciativa e a livre concorrência resultaram na paulatina abolição dos privilégios privados e dos monopólios reais no século XVIII, abrindo espaço para o crescimento das cidades e do comércio. A Revolução Industrial que trouxe a produção em escala, com investimento de largas somas, utilização massiva da mão-de-obra assalariada e das técnicas fundadas nos usos do vapor, da eletricidade e posteriormente da comunicação à distância e do petróleo, transformou o sistema econômico,

que deixou de ser fundado na empresa atomística e concorrencial passando paulatinamente a alicerçar-se na sociedade comercial ou empresa societária, que privilegia a impessoalidade, limita a responsabilidade pessoal dos sócios e institucionaliza estruturas jurídicas que separam os poderes organizatórios e a especialização funcional dos fatores de capital, da gestão e do trabalho.

A padronização da produção causada pela produção em escala e em série e a criação de demandas em nível nacional, que criaram o mercado nacional, trouxeram enorme expansão à sociedade empresarial, com o surgimento, ainda no final do século XIX, do fenômeno da concentração empresarial. Grandes empresas, que se tornavam maiores ao adquirir outras concorrentes, celebravam acordos para o domínio de mercados (cartéis) ou criavam grupos de sociedades para obter posição dominante em diversos mercados, surgiram inicialmente nos Estados Unidos da América.

Assim, as primeiras regras para tentar impedir a emergência de verdadeiros impérios empresariais provenientes de operações de fusão, acordos “*joint venture*”, entre outros, surgiram nos EUA: o Sherman Antitrust Act de 1890 e o Clayton Act de 1914. A expansão das grandes empresas norte-americanas se intensifica após a Segunda Guerra Mundial, com a reconstrução européia financiada pelo Plano Marshall e com o ingresso maciço de empresas norte-americanas na Europa.

Com a vinda de capitais e empresas americanas, veio também a prática de defesa da concorrência e surgiram na Alemanha dos anos cinquenta as primeiras leis sobre livre concorrência e repressão a cartéis. Portugal e Itália, os últimos países a criarem regras na Europa sobre concorrência, fizeram-no na década de 80, quando foram criadas, no âmbito das Comunidades Européias, regras e procedimentos específicos para a defesa da concorrência, passando a Comissão Européia a ser o único órgão competente para examinar práticas empre-

sariais que pudessem violar os preceitos sobre defesa da concorrência no âmbito da hodierna União Européia.

Assim, neste século, com a transformação do mercado nacional, que deixa de ser isolado e torna-se interdependente de outros mercados, surge um mercado global e surgem, também, as megaempresas conhecidas como multinacionais ou transnacionais, que se transformaram em importantes atrizes do cenário econômico global. A globalização pode ser caracterizada como um processo em que capitais e tecnologia privados, cujos titulares são grandes corporações empresariais transnacionais, circulam em todo o globo, independentemente das fronteiras nacionais. Seu objetivo é a produção de um maior número de produtos a menor preço e com maior qualidade que possam disputar com outros concorrentes no mercado mundial, bem assim a obtenção de maiores lucros em investimentos realizados nos mercados financeiros. Esse processo é incrementado pela evolução da tecnologia nos meios de transportes, que permitem que cada etapa de produção de um bem seja efetuada em um país diferente, e das comunicações, que eliminam as distâncias na realização das decisões empresariais. Nesse cenário, torna-se difícil fazer menção a capitais ou tecnologia nacionais, e até mesmo à aplicação imperativa de leis nacionais a negócios internacionais (FIORATI, 1996, p. 125-).

Nesse contexto, as empresas transnacionais desempenham um papel de destaque, suscitando a emergência de uma *nova lex mercatoria*. De acordo com Luis Olavo Baptista, a empresa transnacional é uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, nacionalidade. Nesse sentido, Baptista continua argumentando que, sob o prisma estritamente jurídico-positivo, não existe a empresa transnacional, razão pela qual a descrição

que dela fazem os economistas é útil para sua conceituação: “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si, subordinadas a um controle central unificado e obedecendo a uma estratégia global” (1987, p. 17). Aproxima-se, assim, do conceito jurídico de grupo de sociedades, mas com o acréscimo de que é um grupo constituído por sociedades sediadas em países diferentes, constituídas sob leis diversas, cada qual com certa autonomia, agindo por sua conta, mas em benefício do conjunto. Diferenciam-se, portanto, das chamadas companhias internacionais por serem organizações econômicas privadas, cujas atividades atravessam fronteiras nacionais e sistemas jurídicos estatais.

Apesar de seu vínculo aos sistemas jurídicos nacionais, podemos enfatizar que o controle das empresas transnacionais é predominantemente exercido de forma extralegal, pois a matriz, ou melhor dizendo, a sede real da empresa, mantém forte influência na direção das subsidiárias, interferindo, na prática, em suas estratégias e decisões. Outro aspecto a ser salientado é que, de acordo com o *modus operandi*, há dois tipos de empresas transnacionais: o primeiro é a empresa que trata cada país como uma unidade independente e assemelha-se muito mais à *holding company* do direito interno, mas agindo internacionalmente. Esta, geralmente, não cria problemas sérios para os governos hospedeiros, uma vez que respeitam suas peculiaridades. O outro tipo é aquele que tende a integrar todas as operações das diversas filiais e centralizar a sua política e controle. Para esta empresa, o mercado mundial é o seu objetivo como um todo e de cada subsidiária em particular.

Celso Lafer, em seu prefácio à obra de Baptista, afirma que a empresa transnacional, que detém o poder de controle de investimentos em diversos sistemas econômicos nacionais, por meio dos quais organiza e explora a produção de bens e serviços para a venda nos respectivos mercados internos e nos mercados de outros países, é uma uni-

dade econômica que tem como atributo a capacidade de alocar recursos em escala mundial (BASPTISTA, 1987, p. 3). Por essa razão, o que ela almeja é liberdade para operar transnacionalmente, o que juridicamente se traduz na aspiração do reconhecimento da legitimidade e da legalidade de um Direito não-estatal.

Esse *direito* eminentemente baseado nos usos e costumes, é chamado de uma nova *lex mercatoria*, que, no mundo globalizado, é elaborado pela prática das próprias empresas transnacionais, principais atores do comércio internacional. Nesse sentido, as empresas internacionais almejam reger suas relações sem a interferência de lei interna ou de lei internacional, pelo jogo da autonomia da vontade, por meio de contratos e da arbitragem, conforme ainda argumenta Celso Lafer (p. 4). Há, assim, um esforço de codificação dessas práticas, com uma idéia de autocontrole por meio da standardização das regras.

A internacionalização das empresas, propiciada pela abertura de mercados e pela modernização tecnológica, fez com que dos Estados Unidos e da Europa as regras sobre defesa da livre concorrência e contra práticas anticompetitivas e trustes se espraiassem para outros continentes e na década de 90 viessem inclusive a constituir um dos capítulos da Ata Final da Rodada Uruguai que criou a OMC. Se as empresas são globais, o mercado é global, os princípios básicos para a defesa da concorrência também devem ter sua aplicação em âmbito global.

No Brasil, as regras de defesa de concorrência ingressaram em nosso direito pelo Decreto-Lei 869/38 durante o Estado Novo, sendo a Lei 4.137/62 a primeira lei brasileira sobre defesa de concorrência e contra práticas anticompetitivas consoante as regras internacionais. Não é de se estranhar que exatamente em 1962 tenha surgido a Lei antitruste: neste mesmo ano foi promulgada a Lei 4.131/62 que disciplinou o mercado de capitais no Brasil, e o ingresso de capitais estrangeiros para investimentos no

país fez com que, como reverso da moeda, surgisse a lei de defesa da concorrência. Essas regras estiveram em vigor até 1994 e foram substituídas pela Lei 8.884/94, que agora se pretende reformar pelo atual Projeto de Lei, em discussão, que cria a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.

2. Do Projeto de Lei, da Lei 8.884/94 e de suas disposições

2.1. Da criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência

A Lei 8.884/94 “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”, tendo transformado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, já existente segundo legislação anterior, em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Essa mesma lei, além de descrever condutas e práticas anticompetitivas, cria procedimentos para a apuração de infrações e aplicação de penas aos infratores. O CADE tem por objetivos gerais apurar e reprimir abusos do poder econômico; decidir se houve ou não infração da ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, impondo multas ou a cessação de práticas anticompetitivas. Decide também sobre a legalidade de atos de concentração do poder econômico que poderão restringir a concorrência examinando fusões, incorporação e integração de empresas, acordos *joint ventures* e outros. O CADE é um órgão colegiado, cujos conselheiros são titulares de mandato.

Criada em 1988 no âmbito do Ministério da Justiça, a SDE – Secretaria de Direito Econômico foi mantida pela Lei 8.884/94 com a finalidade de instaurar e conduzir inquéritos administrativos para apurar as infrações de ordem concorrencial e remetê-las ao CADE para julgamento. Deverá emitir pareceres relativamente aos aspectos concorrenciais verificados nos atos de concentração empresarial. Também a SEAE – Se-

cretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda deve emitir parecer sobre aspectos econômicos dos atos de concentração. Tanto a SDE quanto a SEAE são órgãos monocráticos e seus titulares ocupam cargos de confiança.

Três órgãos diferentes tornaram morosos os procedimentos de apuração de infração à Lei 8.884/94 e setores diversos, agentes públicos e iniciativa privada, concluíram que seria melhor criar um único órgão para coordenar mais as atividades, dando unicidade ao procedimento, e tornar o procedimento mais fácil, eficiente e simples, evitando a fragmentação atual.

Assim, surgiu a proposta de criação de uma Agência Nacional de Defesa da Concorrência, cujas normas, poderes e procedimentos foram pretensamente disciplinados pelo Projeto de lei em discussão. Segundo o Projeto, ela será uma autarquia submetida a regime especial, possuindo independência administrativa e financeira, ausência de subordinação hierárquica e estabilidade de diretores e conselheiros.

A Agência seria estruturada segundo o Projeto em discussão, albergando funções e competências exercidas hoje pela SDE, SAE e CADE. Teria o mesmo *status* jurídico que possui o CADE hoje (autarquia de regime especial) e seria subdivida: de um lado, as funções administrativas e investigativas a serem exercidas pelas diretorias e, de outro, a função judicante, de caráter administrativo e não jurisdicional, a ser exercida pelo Tribunal da Concorrência. A Agência exerceria função de grande envergadura, pois o Projeto estabelece que os atos de concentração teriam de ser *previamente* examinados pela Agência e não mais *a posteriori* como é hoje (Lei 8.884/94, art. 54, par. 4).

O Projeto tal qual se apresenta para Consulta Pública não deixa claro o *status* jurídico e nem a independência administrativa do Tribunal da Concorrência. Somente um Tribunal com poderes para executar suas decisões, com autonomia administrativa e orçamentária poderá formular uma Juris-

prudência em matéria concorrencial que sirva de paradigma para as empresas, sejam elas nacionais ou estrangeiras, no exercício de suas atividades econômicas, como ocorre em todos os países de civilização ocidental. Para que haja uma economia saudável e estável, não basta apenas haver estabilidade econômica, moeda forte, déficit público controlado e confiança nos fundamentos econômicos. É preciso que haja estabilidade jurídica com regras sobre função social da propriedade, defesa da concorrência, repressão ao abuso do poder econômico que tenham plena eficácia e que sejam interpretadas e aplicadas por tribunais (judiciais ou administrativos) de forma clara, equânime e independente, possibilitando a credibilidade na seriedade dos órgãos públicos no cumprimento das regras, seja em âmbito interno ou em âmbito internacional, bem como o planejamento de investimentos futuros por parte dos agentes econômicos.

Sugerir-se-ia, portanto que o Tribunal da Concorrência não estivesse subordinado à Agência. Assim, teríamos dois órgãos: a Agência com funções investigativas e o Tribunal da Concorrência com funções judicantes. O Tribunal teria as funções que hoje são exercidas pelo CADE, preservando o seu status jurídico, com algumas modificações (a seguir examinadas), e a Agência exerceria funções que hoje são exercidas pela SDE e pela SEAE, possuindo natureza de autarquia submetida a regime jurídico especial.

Outra questão a ser salientada diz respeito às relações entre as funções administrativas e judicantes a serem exercidas pela Agência e pelo Tribunal. O Projeto de Lei, ao absorver as competências do CADE, da SDE e da SEAE, transformou algumas que hoje cabem ao órgão colegiado – CADE – em competências exclusivas do Diretor-Geral da Agência.

O art. 10, Parágrafo único, incisos abaixo mencionados, do Projeto de Lei diz que:

Art. 10. Compete ao Diretor-Geral:

IV - cumprir e fazer cumprir suas decisões, as da Diretoria Colegiada e as do Tribunal da Concorrência;

Parágrafo único. Compete ainda ao Diretor-Geral, no âmbito da Lei nº 8.884, de 1994, exercer as seguintes competências:

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando as averiguações preliminares;

X - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação de prática, submetendo-o ao Tribunal da Concorrência, e fiscalizar o seu cumprimento;

XII - celebrar, nas condições que estabelecer, acordo relativo a controle de concentração de empresas, submetendo-o ao Tribunal da Concorrência, e fiscalizar o seu cumprimento;

XIII - celebrar, nas condições que estabelecer, acordo de leniência;

Algumas dessas competências (art. 10, incisos, IV, parágrafo único, inciso IV, X, XII do Projeto de Lei – o inciso XIII não é hoje contemplado pela lei) são hoje exercidas pelo CADE devido ao fato de representarem decisão definitiva em matéria jurídico-administrativo-concorrencial, estando previstas pela atual redação da Lei 8.884/94 no art. 7, incisos VI, VII, XII, XV, e art. 14, VII, e passariam a ser exercidas pelo Diretor-Geral.

Não haveria o tão salutar reexame pelo órgão colegiado, com fundamentação jurídica e econômica como é hoje. Assim, *sugerir-se-ia que o Projeto fosse alterado para que todos os atos citados acima, quando realizados pelo Diretor-Geral da Agência, estivessem sujeitos à possibilidade de competência advocatória permanente. O Diretor-Geral toma a decisão, ela é publicada e o Tribunal de Concorrência, após dez dias da publicação, pode avocar a decisão para reexame. Tal proposta estaria em conformidade com nossa tradição jurídica: toda a decisão monocrática deve poder ser revisada pelo órgão colegiado. Essa modificação é necessária tendo em vista que os nossos princípios jurídicos são claros: nas vias administrativas, toda decisão monocrática deve ser passível de revisão por órgão colegiado, sendo que somente as decisões colegiadas não necessitariam de revisão. Isso é necessário sob pena de tais decisões acabarem por ser revi-*

sadas pelo Poder Judiciário, a pedido do interessado ou do Ministério Público, o que terminaria por desgastar o Projeto de Agência e tornar menos célere do que é hoje o procedimento, tendo em vista as atuais dificuldades pelas quais passa o Poder Judiciário.

Em recente artigo publicado pelo *Jornal Valor Econômico* (CORREIA, 2001), o Secretário Adjunto da SEAE alega que a revisão de atos da SDE e SEAE pelo CADE é contraproducente e custosa para, em defesa do Projeto, argumentar sua contrariedade à revisão desses atos do Diretor-Geral da futura Agência pelo Tribunal de Concorrência. Esquece-se o Secretário que a titular do objeto jurídico disciplinado pela Lei 8.884/94 é a coletividade e não os concorrentes ou o interesse do Estado ou do governante no Poder para intervir ou omitir-se relativamente à concentração empresarial excessiva ou a qualquer ato que venha ofender os ditames legais. Segundo o Projeto, o Diretor da Agência é nomeado pelo Presidente e seu mandato deve ser sempre coincidente com o do supremo mandatário da República.

O Poder excessivo dado a um só agente público, especialmente quando envolve negócios privados expressos em milhões de reais como são os atos de concentração, é que é contraproducente: a impossibilidade de revisão nas vias administrativas geraria permanente dúvida, que nada contribuiria para o crescimento econômico, a defesa da concorrência e a estabilidade jurídica do país. Por isso mesmo, é necessária a possibilidade de revisão por um órgão colegiado, sob pena de comprometer a transparência de todo o procedimento, garantindo a todos os concorrentes, coletividade, Estado, a segurança jurídica. Copiar o sistema americano, tal qual sugere o Secretário em seu artigo, pode resultar em grandes problemas porque a *common law* possui um eficiente sistema de *checks and balances* que são exercidos pelo Congresso e também pelo Judiciário, que tem e exerce um poder fiscalizatório sobre os atos do Poder Executivo, especialmente aqueles em matéria econômica,

muito maior e diverso que o verificado em qualquer outro Estado que segue o Presidencialismo, a começar do nosso.

Devido a essa necessidade de independência do Tribunal da Concorrência, seria adequada a sua vinculação ao Ministério da Justiça, como ocorre nos EUA com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (USDOJ), porque este possui experiência de interface com organismos internacionais e estrangeiros. Já a Agência Nacional de Defesa da Concorrência poderia estar vinculada tanto ao Ministério da Justiça, quanto ao Ministério da Fazenda. Como se sabe, os procedimentos e órgãos previstos pela atual Lei 8.884/94 são também utilizados para apurar denúncias internacionais e realizar investigações antitrustes, bem como impor medidas *antidumping* e *punições* contra empresas estrangeiras, medidas essas que poderão posteriormente vir a ser apreciadas pela OMC (Organização Mundial do Comércio). Essa interface com organismos internacionais será intensificada com a integração do país à economia global. E, nesses casos, o reexame das medidas decretadas por organismos internos será realizado segundo as regras jurídicas previstas na Ata Final da Rodada Uruguai e seus Anexos, que privilegiam sua legalidade, independência do órgão que as profere e conformidade com a Ata e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e não os fundamentos sólidos da economia do Brasil ou o personalismo deste ou aquele Diretor e sua vinculação com o Presidente. Mais uma vez, a necessidade da juridicidade das decisões e da formação de uma Jurisprudência interpretativa, bem como da articulação com organismos internacionais é essencial para que haja um Sistema de Defesa de Concorrência à altura da dinamicidade da economia brasileira que se quer ver inserida na economia global.

2.2. A defesa da concorrência e do consumidor em conjunto

Primeiramente, o Projeto de lei “cria a Agência Nacional de Defesa do Consumi-

dor e da Concorrência” e não uma “Agência Nacional de Defesa da Concorrência”. Será adequado tratar de interesse dos consumidores em conjunto com a defesa da concorrência? Ou será que já existe no país um sistema bastante avançado de proteção do consumidor que prescindiria da modificação das regras que se pretende realizar?

A Lei 8.884/94 estabelece, no seu artigo primeiro, a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, sendo orientada pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa; livre concorrência; função social da propriedade; defesa dos consumidores; e repressão ao abuso do poder econômico. Disso não se pode concluir que será necessário uma mesma agência para disciplinar as relações de consumo e a concorrência nem que haja necessidade de que um órgão nacional discipline as políticas e as relações de consumo num país tão grande e com hábitos tão díspares de consumo conforme se observa nas diversas regiões do Brasil.

Por outro lado, existe no país uma legislação avançada e plenamente aplicada, a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, que o Projeto pretende reformular por inteiro; um órgão, o Ministério Público, que é descentralizado, pois cada Estado da Federação possui seus promotores e procuradores com titularidade para defender os interesses do Consumidor por meio da propositura da ação civil pública; existem órgãos administrativos, os Procons, responsável por atender e orientar consumidores em seus direitos, e também as associações de defesa do consumidor, que são inúmeras e também podem propor ação civil pública.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, está em vigor há mais de dez anos e demonstrou extraordinária eficácia. É possível dizer que o Código revolucionou toda a fabricação, fornecimento e o comércio de bens, criando na indústria e no comércio uma cultura de valorização do consumidor por meio da produção de bens de melhor

qualidade, realização de trocas de produtos ou suas partes, como o *recall* da indústria automobilística, melhoria na realização de contratos ligados ao consumo com a proibição das chamadas cláusulas abusivas. Tornou-se um imperativo para uma empresa, na concorrência com outras, a valorização do consumidor. A concorrência com bens importados, a melhoria tecnológica em muitos setores da produção, que muitas empresas se viram obrigadas a implementar para competir num mercado globalizado, o controle da inflação que possibilitou ao consumidor ter uma noção do valor do produto, tudo isso contribuiu para a melhoria das relações de consumo, criando um consumidor mais exigente com os bens que compra e consciente de seus direitos.

Por outro lado, o Ministério Público, os Procons, o Judiciário, as associações de consumidores e até a imprensa têm realizado um excelente trabalho, seja para coibir práticas lesivas ou para alertar o consumidor de tais práticas no comércio de bens.

O grande problema da implementação do Código de Defesa do Consumidor tem sido verificado com relação à produção e comércio de serviços, principalmente os serviços legalmente regulamentados e os serviços públicos, exercidos diretamente pelos entes públicos ou com exercício concedido a terceiros que hoje são fiscalizados por Agências Regulatórias.

Em recentes reportagens (GAZETA MERCANTIL LATINO-AMERICANA, 2000), a imprensa tem divulgado constantemente que são as empresas de serviços as campeãs de reclamações dos usuários nos Procons: bancos, empresas de cartão de crédito, concessionárias de serviços públicos de telecomunicações e de energia elétrica em algumas localidades do país, empresas de planos de saúde, empresas de seguro, empresas de transporte aéreo, empresas de ônibus urbanos, serviços municipais de abastecimento de água, concessionárias de pedágios nas rodovias, cartéis de postos de distribuição de petróleo e adulteração de

combustível e serviços prestados por profissionais liberais.

Enquanto o comércio de bens sofreu concorrência estrangeira, beneficiou-se da melhoria tecnológica e principalmente é muito melhor protegido pelo Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade objetiva do fabricante e do fornecedor), o comércio de serviços, no caso dos profissionais liberais, é regido pela responsabilidade subjetiva e, no caso de serviços públicos, a regulação pertence às agências, algumas ainda em fase de criação como a ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil), ANA (Agência Nacional de Águas), ANVS (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), ANSS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

A experiência da prestação de serviços públicos por concessionárias privadas é bastante nova, principalmente nos casos da infra-estrutura como telecomunicações, energia elétrica, petróleo e planos de saúde. Em outros casos, como transporte rodoviário, aéreo e pedágios, é antiga, mas não há uma regulamentação sobre a prestação do serviço por parte do concessionário. E também em outros casos, os serviços são em sua maior parte exercidos pelos entes públicos descentralizados em âmbito municipal, como transporte urbano e abastecimento de água, inexistindo regras e impossibilitando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às prefeituras falidas. Aos bancos, que são fiscalizados pelo Banco Central, vem sendo timidamente aplicado o Código de Defesa do Consumidor, mas os resultados não têm sido muito animadores porque como punir um banco por cobrar juros extorsivos se não há regulamentação que defina o que são juros extorsivos? E o caso de profissional liberal cuja regulamentação da atividade e a fiscalização e punição de condutas profissionais é delegada pelo Estado aos órgãos representativos de classe? Como e a quem reclamar e pedir providência contra a má qualidade de serviços médicos em hospitais? Reclamar ao CRM, à ANSS, ao Procon, ao Ministério Público, ao Ouvidor

da futura ANCC, à Secretaria da Saúde ou à SDE? E quais as providências que serão tomadas, se é que alguma pode ser tomada?

O Projeto pretende criar uma série de mudanças no Código de Defesa do Consumidor, bem como criar duas Diretorias no âmbito da Agência, Diretoria de Controle de Práticas Abusivas nas Relações de Consumo e Diretoria de Políticas e Relações de Consumo, para tratar de questões de consumo como casos de *recall*, de propaganda enganosa, de casos de defesa do consumidor que atinjam mais de um Estado da Federação. Trata-se, aqui sim, de algo desnecessário: bastaria apenas substituir no art. 106 da Lei 8.078/90 os termos: *Departamento Nacional de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional de Direito Econômico* por *Diretoria de Consumo da ANCC*, que recepcionaria as atuais competências da SDE previstas no art. 106 do CDC. Não há necessidade de duas diretorias para tratar das relações de consumo. O atual sistema de Defesa do Consumidor, que é descentralizado, tem-se demonstrado bastante eficiente no que se refere à produção e comércio de bens.

O essencial seria uma regulamentação que articulasse a Agência de Defesa da Concorrência com as Agências Regulatórias para assegurar a concorrência no fornecimento dos serviços públicos exercidos por concessionários, assegurando boa qualidade e preços e condições justas de prestação. Trata-se de uma questão bastante espinhosa. Em primeiro lugar, a prestação de serviços públicos por concessionários privados em quase todos os setores é feita em forma de oligopólio, por causa do alto investimento prévio que essas atividades exigem. São serviços cuja prestação é regulamentada por lei e sua fiscalização e regulação cabe a uma autarquia de regime especial, especialmente criada para tal fim. Essa autarquia tem poderes para analisar e impor padrões tecnológicos mínimos, regras para a universalização dos serviços, o cumprimento de metas, o reajuste de tarifas, bem como aprovar ou não as modificações no controle acioná-

rio das empresas concessionárias. E como fica a atual competência do CADE, da SEAE, da SDE e como ficará a competência da futura Agência Nacional de Concorrência e do Tribunal da Concorrência frente às Agências Regulatórias?

O setor das telecomunicações, considerado o serviço público que melhor vem-se adaptando ao novo regime, tem adotado algumas posturas e terá problemas se o atual Projeto de Lei for adotado sem as modificações necessárias.

Em 1997 foi introduzida a concorrência no setor de telecomunicações, por meio de um regime jurídico misto: o Estado permaneceu com sua atividade reguladora e fiscalizadora, realizada por meio da ANATEL, e transferiu para a iniciativa privada a capacidade empreendedora. A ANATEL foi criada pela Lei 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT) –, que estabeleceu que os serviços de telecomunicações serão organizados para permitir a livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras de serviços, devendo a ANATEL reprimir as infrações de ordem econômica neste setor¹.

Assim, segundo a LGT, no seu art. 7, apenas as competências originárias do CADE, tal como disciplinadas pelo art. 54 da Lei 8.884/94, que representem concentração econômica serão examinadas por este órgão, enquanto aquelas competências tradicionalmente exercidas pela SDE e SEAE passaram a ser exercidas pela ANATEL, qual seja, a instrução dos processos para repressão de condutas infratoras da ordem econômica, a emissão de pareceres jurídicos (SDE) e econômicos (SEAE) sobre atos e contratos disciplinados no art. 54 da Lei 8.884/94. A ANATEL tem inclusive competências ampliadas conforme o art. 71 da LGT: pode impor requisitos para transferir atos de outorga (concessões) a outras companhias, desde que elas não impliquem alteração de controle acionário das companhias, competência essa que hoje pertence ao CADE. Poderia haver proibição de transfe-

rência caso o CADE não concordasse com os requisitos impostos?

Trata-se de questão altamente importante: a LGT estabelece que as companhias que participaram das privatizações e receberam concessão de serviço público de telecomunicações, as empresas que receberam concessões de celular, bem como as chamadas “empresas espelho” não poderiam alterar o controle acionário durante cinco anos e nem realizar acordos e parcerias estratégicas com outras operadoras. Afinal a lei queria criar um regime de concorrência privada em que antes imperava um monopólio estatal. Após esse período, que vence em 2002, as companhias que atingirem as metas poderão operar em outras áreas que não aquelas da concessão originária e poderão mudar o controle acionário, bem como criar parcerias e novas empresas. Quem fiscalizará, apurará e decidirá sobre os atos de concentração que irão ocorrer uma vez que os resultados recentes de algumas empresas-espelho sugerem que não há mercado para a quantidade de empresas que temos hoje?

Outro problema que se nota hoje é a freqüente queixa dos usuários dos serviços de telecomunicações sobre o custo dos serviços. O art. 103 da LGT estabelece que compete à ANATEL estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. Porém, transcorridos três anos após a celebração do contrato, a ANATEL poderá, desde que exista efetiva concorrência, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária, nos termos do art. 104 da lei. Caso haja práticas anticompetitivas ou aumento arbitrário de lucros, o parágrafo 2º do art. 104 da LGT ordena à ANATEL o restabelecimento do regime tarifário anterior. Ocorre que o art. 20, inc. III, da Lei 8.884/94 estabelece que o aumento arbitrário de lucros é prática anticompetitiva, cabendo ao CADE a imposição de penalidade. Assim, apurado o aumento arbitrário de lucros, a ANATEL deverá informar ao CADE para a aplicação das penalidades cabíveis. E se o CADE entender não haver infração de aumento arbitrá-

rio de lucros, isso obrigaria a ANATEL a restabelecer a liberdade tarifária? Problemas semelhantes irão acontecer na área do fornecimento de energia elétrica.

Se no atual regime já se antevêem algumas complexidades, o que dizer do que é proposto pelo Projeto, que pretende alterar as competências que hoje são do CADE, dividindo-as entre um Tribunal de Concorrência e o Diretor-Geral, sem fazer qualquer referência às modificações nas regras que criaram as ditas Agências Regulatórias, contrariamente ao que fez relativamente ao CDC, de forma desnecessária, sem sequer mencionar as relações entre a ANCC e as Agências regulatórias?

Em suma: o Projeto que cria a Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência pretende proteger as relações de consumo já alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor e sequer faz referência às relações que versam sobre uso e universalização de serviços públicos e de serviços regulamentados, que são prestados por grandes empresas em forma de oligopólio. Por serem mercados naturalmente concentrados, o mercado ligado à prestação de serviços públicos essenciais deve ser objeto de cuidadoso regramento jurídico e fiscalização. Na realização dessa regulamentação, não se poderá olvidar o que prescreve a Ata Final da Rodada Uruguai de 1993 no seu Anexo 1B – GATS – Acordo sobre Serviços, bem como dos Acordos Especiais: Telecomunicações, Energia Elétrica, Transporte Marítimo e Aéreo, Serviços bancários (TRIMS) e temas conexos aos serviços como Propriedade Intelectual (TRIPS). Eles fazem menção à questão do acesso a mercados, incremento da concorrência e proibição de discriminação e não poderão ser ignorados nas decisões do CADE, do órgão que venha a substituí-lo (Tribunal da Concorrência) e das Agências Regulatórias.

Assim sugere-se que, ao invés de mudar o Código de Defesa do Consumidor, o Projeto que cria a ANCC crie uma disciplina jurídica mínima no que se refere à nova articulação entre as

Agências regulatórias e a ANCC e coloque a atribuição de realizar a articulação entre ANC e Agências sob a égide de uma Diretoria de Consumo, unificando as duas diretorias propostas pelo Projeto. Por outro lado, se um Tribunal da Concorrência, independente e autônomo, com competência advocatória permanente, absorvesse todas as competências exercidas hoje pelo CADE, os conflitos de competência seriam diminuídos, pois ele poderia avocar não somente as decisões da ANC, mas decidiria sobre atos de concentração que se verificassem nos setores oligopolizados ligados à prestação de serviços públicos. Seria a melhor proteção ao consumidor brasileiro que o Projeto de Lei poderia realizar. Afinal, todos são potenciais usuários dos serviços de abastecimento de água que será regulado e fiscalizado pela ANA, de telecomunicações e de energia elétrica e de petróleo, regulados por ANATEL, ANEEL e ANP. É mister salientar que esse não será um trabalho fácil: a nossa experiência na regulação dos serviços públicos prestados por concessionários privados é bastante recente, salvo nos casos de bancos e transporte urbano.

2.3. As modificações na Lei 8.884/94

A criação da ANCC, tal qual presente no atual Projeto, demandará mudanças a serem realizadas na Lei 8.884/94. Algumas dessas mudanças são bastante polêmicas, merecendo cuidados do legislador, tendo em vista que a atual Lei 8.884/94 possui regras consoantes às práticas concorrenciais que são verificáveis numa sociedade democrática, com um bom sistema de controle de atos de concentração, e é uma regra em muito semelhante às regras internacionais, bem como compatível com as regras que disciplinam condutas e procedimentos anticoncorrenciais sob a égide da OMC. A primeira modificação polêmica diz respeito à disciplina jurídica de infrações e condutas, a outra diz respeito a atos de concentração e procedimentos para sua verificação.

A atual Lei 8.884/94 estabelece, no seu art. 20, quatro atos típicos que são conside-

rados infração, com ressalvas expressas nos parágrafos do mesmo artigo.

I - limitar falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços (com ressalvas e presunção de 20% do controle de mercado)

III - aumentar arbitrariamente os lucros

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

No seu art. 21, a precitada Lei estabelece uma série de condutas que, tendo relação com os atos previstos no art. 20, constituirão condutas lesivas à concorrência. Esse rol é exemplificativo, podendo haver outras condutas que dariam margem às infrações previstas no art. 20. Ou seja, é um sistema de tipificação das infrações bastante fechado, em quase tudo semelhante à tipologia penal. Dá-se maior importância à prática de atos do que às finalidades, lesão efetiva a direitos de terceiros e à coletividade.

O Projeto de Lei propõe a criação de dois tipos diferentes de infração à ordem econômica, as absolutas e as relativas. As infrações absolutas presentes na nova proposta de redação seriam:

“Art. 20. Constituem infração absoluta da ordem econômica, independentemente de culpa, e são nulos, os atos sob qualquer forma manifestados, adotados mediante acordo, arranjo ou conluio entre concorrentes, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - fixar, elevar, concertar ou manipular, de forma direta ou indireta, preços de venda ou de compra de bens ou de prestação de serviços, ou trocar informações com o mesmo objeto ou efeito;

II - estabelecer obrigações de produzir, processar, distribuir ou comercializar tão somente uma quantidade, qualidade ou variedade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um

número, volume, frequência, qualidade ou variedade restrita ou limitada de serviços;

III - dividir, distribuir ou impor porções ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a alocação de clientes, fornecedores, territórios ou períodos, determinados ou determináveis;

IV - estabelecer, concertar ou coordenar preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública administrativa.”

Pela nova proposta, as únicas condutas que seriam sempre objeto de exame por parte de órgãos governamentais seriam o aumento arbitrário de lucros e *dumping* (inciso I), o *dumping* e o cartel (inciso II) e o cartel (inciso III), ou seja, as chamadas infrações clássicas à ordem econômica. As condutas hoje disciplinadas como anticompetitivas tornam-se infração relativa com possibilidade de excludentes de conduta e são previstas no art. 21.

“Art. 21. Constituem infração relativa da ordem econômica, independentemente de culpa, excetuadas as hipóteses previstas no art. 20, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º A caracterização da infração prevista no inciso III do *caput* deste artigo dependerá da constatação de abuso, posição dominante do infrator.

§ 3º Para efeito do disposto no inciso IV do *caput* deste artigo, e conforme as características do mercado em questão, inclusive no que se refere às barreiras à entrada de novas empresas e à parcela de mercado dos concorrentes, ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 4º São excludentes da ilicitude das infrações previstas neste artigo os benefícios econômicos decorrentes da conduta subjacente à infração, desde que tais benefícios tenham por objeto, cumulada ou alternativamente, propiciar a eficiência e o desenvolvimento econômico, cabendo ao representante o ônus da prova, e que, cumulativamente:

I - não possam ser obtidos de outro modo que implique menores riscos ou prejuízos à livre concorrência;

II - os benefícios gerados não sejam meramente pecuniários, mas impliquem efetiva economia de recursos produtivos; e

III - que tais benefícios compensem as restrições causadas à livre concorrência.”

Nota-se aqui a maciça influência das regras e do sistema norte-americano sobre a defesa da concorrência. Ele se constitui de um sistema mais ou menos aberto, em que a descrição de condutas não é impositiva (salvo *dumping*, cartel e aumento arbitrário de lucros), devendo ser verificadas as condutas em função de suas finalidades, lesão a direito de terceiros e condicionantes do ato em exame. Numa economia que se abre para a inserção internacional, a modificação do

sistema *poderá* ser benéfica. Uma economia que está disposta a participar do mercado global precisa ter escala, muitos parceiros e acordos para conseguir disputar o mercado global. O exame tal qual proposto pela nova redação dos artigos 20 e 21 permitirá um maior número de acordos e negócios no setor privado e uma fiscalização dos mesmos pelos órgãos públicos mais voltada para as finalidades do ato, possibilitando ao agente público maior liberdade de ação, mas demandando maiores responsabilidades. Enfim uma tipificação aberta de condutas demanda um sistema de defesa da concorrência eficiente e equilibrado para evitar poderes excessivos para este ou aquele órgão e em consequência a insegurança jurídica e a falta de transparência sobre os procedimentos e sobre as decisões.

A primeira modificação diz respeito ao Acordo de Leniência. Trata-se de prática internacional consagrada, e sua disciplina jurídica somente deixa a desejar quando diz que não há necessidade de o Acordo de leniência ser examinado pelo Tribunal de Concorrência bem como acompanhada a sua executoriedade pelo mesmo. *Seria aconselhável a modificação da proposta de inclusão na redação da futura lei 8.884/94 de um Artigo 35 B no seu parágrafo 4, colocando sob a aprovação do Tribunal o Acordo de Leniência, já que o mesmo constitui causa extintiva de ação ou diminuição de dois terços na punição e neste último caso somente o Tribunal de Concorrência teria titulação para aplicar ou não penalidades*³.

Das outras modificações, uma já foi analisada no item 2.1 deste trabalho. Trata-se da questão ligada à impossibilidade de o Tribunal da Concorrência analisar os atos do Diretor-Geral ligados a Atos de Concentração. Este somente poderá atuar a pedido do Diretor ou se o Ouvidor-Geral, provocá-lo, caso em que o Tribunal somente poderá conhecer do pedido se houver unanimidade entre seus membros. Trata-se de um grande absurdo porque, para condenar o Ato, não há necessidade de decisões por unanimidade. Para fazer o menos é preciso una-

nimidade, para fazer o mais não? *Para esses casos, sugere-se a instituição da competência advocatória permanente das Decisões do Diretor-Geral relativas à aprovação, não aprovação, dispensa, aprovação provisória, acordo de leniência e até de aprovação por decurso de prazo, sobre atos de concentração. Tal competência poderia ser exercida por quaisquer dos conselheiros, desde que seu exercício fosse aprovado in casu por maioria simples do plenário do Tribunal de Concorrência.*

Outras modificações são tremendas: segundo o parágrafo XII, inciso IV, do art. 54, se não for examinada a operação de concentração num prazo de trinta dias após a notificação, ela estará automaticamente aprovada. Tem-se aqui um ato de concentração aprovado por decurso de prazo. O Tribunal não pode apreciá-la por meio da advocatória e somente atuará se houver reclamação do ouvidor. Abre-se aqui um precedente muito perigoso porque o excesso de poder hodiernamente manifesta-se menos pela ação e mais pela omissão na prática de atos que geram enormes prejuízos à coletividade.

Enfim, cria-se uma tipologia aberta para apurar os atos que possam infringir a concorrência, bem como para apurar atos de concentração e permite-se a aprovação de um ato dessa magnitude por decurso de prazo sem qualquer possibilidade de reexame obrigatório por um órgão colegiado⁴.

Atos dessa natureza poderão ser tranquilamente impugnados por qualquer membro da coletividade perante o Judiciário. Por que não se permitir, então, a competência advocatória do Tribunal da Concorrência?

3. Conclusões parciais com sugestões

Conclui-se, portanto, esta breve exegese com as seguintes sugestões.

3.1. Sugerir-se-ia, portanto, que o Tribunal de Concorrência não estivesse subordinado à Agência. Assim teríamos dois órgãos: a Agência com funções investigatórias e o Tribunal da Concorrência com funções judicantes (de natureza administrativa). O

Tribunal teria as funções que hoje são exercidas pelo CADE e a Agência exerceria funções que hoje são exercidas pela SDE e pela SEAE, possuindo natureza de autarquia submetida a regime jurídico especial.

3.2. Sugerir-se-ia que o Projeto fosse alterado para que todos os atos de concentração, quando realizados pelo Diretor-Geral da Agência, estivessem sujeitos à possibilidade de competência advocatória permanente. O Diretor-Geral toma a decisão, ela é publicada e o Tribunal de Concorrência, após dez dias da publicação, pode avocar a decisão para reexame. Tal proposta estaria consoante nossa tradição jurídica: toda a decisão monocrática deve poder ser revisada pelo órgão colegiado. Essa competência advocatória permanente por parte do Tribunal da Concorrência seria exercida relativamente às Decisões do Diretor-Geral relativas à aprovação, não aprovação, dispensa, aprovação provisória e até de aprovação por decurso de prazo, sobre atos de concentração. Tal competência poderia ser exercida por quaisquer dos conselheiros do Tribunal desde que seu exercício fosse aprovado *in casu* por maioria simples do plenário do Tribunal de Concorrência.

3.3. Devido a essa necessidade de independência do Tribunal da Concorrência, seria adequada a sua vinculação ao Ministério da Justiça, como ocorre nos EUA com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (USDOJ). Já a Agência de Defesa da Concorrência poderia estar vinculada tanto ao Ministério da Justiça, quanto ao Ministério da Fazenda.

3.4. Sugerir-se-ia que, em vez de mudar o Código de Defesa do Consumidor o Projeto que cria a ANCC, fosse criada uma disciplina jurídica mínima no que se refere à nova articulação entre as Agências regulatórias e a ANCC e colocada a atribuição de realizar a articulação entre ANC e Agências sob a égide uma Diretoria de Consumo, unificando as duas diretorias propostas pelo Projeto. Por outro lado, se um Tribunal da Concorrência, independente e autônomo, com

competência advocatória permanente, absorvesse todas as competências exercidas hoje pelo CADE, os conflitos de competência seriam diminuídos, pois ele poderia avocar não somente as decisões da ANC, mas decidiria sobre atos de concentração que se verificassem nos setores oligopolizados ligados à prestação de serviços públicos, sem necessidade de mudanças muito impactantes nas leis que criaram e regulamentaram as Agências Regulatórias.

3.5. Seria aconselhável a modificação da proposta de inclusão na redação da futura lei 8.884/94 de um Artigo 35 B no seu parágrafo 4, colocando sob a aprovação do Tribunal o Acordo de Leniência, já que o mesmo constitui causa extintiva de ação ou diminuição de dois terços na punição, e, neste último caso, somente o Tribunal de Concorrência teria titularidade para aplicar ou não penalidades.

Conclui-se ainda que sistema de tipologia aberta é um avanço se tivermos órgãos investidos de responsabilidades e competências para a sua aplicação. Senão configurar-se-á num enorme retrocesso, porque permitirá que atos de valor de mais de cento e cinquenta milhões de reais sejam aprovados até por decurso de prazo sem exame da única autoridade que deveria fazê-lo. O sistema norte-americano apresenta um eficiente controle sobre os atos de Autoridades de Agência. Por isso a tipologia aberta conjugada com o *Common law* e os controles administrativos, judiciários e legislativos são suficientes para impedir que o poder que desfrutam não se torne fonte de ilegalidades.

Nós estamos a criar um sistema de tipologia aberta sem qualquer espécie de controle por um órgão colegiado que decida celeremente. O nosso Poder Legislativo não possui os instrumentos do legislativo americano e o Poder Judiciário se encontra em situação crítica: excesso de processos, demora nos julgamentos, dificuldade de fazer cumprir decisões, entre outros.

Para realizarmos uma reforma verdadeira no sistema, teríamos que criar uma Agên-

cia rápida e eficiente que agisse administrativamente na defesa da concorrência e um Tribunal de Concorrência, garantindo um sistema de freios e contrapesos que protegesse a coletividade, titular do bem jurídico, e garantisse às empresas o eficiente e legítimo cumprimento da lei. Sem isso, o sistema que se projeta criar não promoverá nem a concorrência e nem a eficiência, e é melhor continuarmos com o atual, que pode ser burocrático e lento, mas propicia mais segurança à coletividade e ao administrado.

Notas

¹ Art. 7º da LGT- As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis no setor de telecomunicações quando não conflitam com o disposto nesta lei.

Parágrafo primeiro: Os atos envolvendo prestadora de serviços de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

Parágrafo segundo: Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do CADE por meio do órgão regulador.

² A discussão do Caso foi realizada por STUBER, W.D; FUKUGAUTI, N.M.; ARMANI, F.D. A ANATEL e a defesa da ordem econômica. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n. 6, p. 13-18, maio, 1999.

³ "Art. 35-B. A Agência, por intermédio do Diretor-Geral, 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 absoluta à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

(...)

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do Tribunal da Concorrência, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo.

⁴ Art. 54. Os atos de concentração de empresas sob qualquer forma manifestados que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência, deverão ser submetidos à apreciação da Agência.

§ 1º A Agência poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam ao menos uma das seguintes condições:

I - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

II - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente, propiciar a eficiência e o desenvolvimento econômico, cabendo ao requerente o ônus da prova, e desde que, cumulativamente:

a) não possam ser obtidos de outro modo que implique menores riscos ou prejuízos à livre concorrência;

b) os benefícios gerados não sejam meramente pecuniários, mas impliquem efetiva economia de recursos produtivos; e

c) que tais benefícios compensem as restrições causadas à livre concorrência.

§ 2º Incluem-se no disposto no *caput* deste artigo e estão sujeitos à notificação prévia obrigatória os atos de concentração de empresas em que qualquer dos grupos, de fato ou de direito, envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual no Brasil, em qualquer dos últimos três balanços, equivalente a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), exceto: I - nos casos em que a operação ocorrer no âmbito de um mesmo grupo, não havendo alteração de controle acionário ou dos ativos envolvidos;

§ 3º As operações de concentração de que trata o parágrafo anterior devem ser notificadas à Agência, acompanhadas da documentação pertinente, nos termos da regulamentação, no prazo de uma semana após a conclusão da proposta de acordo ou o anúncio da oferta pública de aquisição ou de troca, iniciando a contagem do prazo a partir da data em que ocorra o primeiro desses acontecimentos.

(...)

II - a Agência, antes da notificação da operação ou no curso de sua análise, mediante requerimento justificado, autorizar o interessado a consumá-la provisoriamente, no todo ou em parte, devendo levar em conta, nomeadamente, os efeitos que a suspensão da consumação da operação poderá provocar em uma ou mais das empresas envolvidas ou em relação a terceiros e os potenciais prejuízos à livre concorrência decorrentes dessa operação, podendo a dispensa ser acompanhada de condições e de obrigações destinadas a resguardar a livre concorrência.

(...)

III - tratar-se de transações com títulos ou valores mobiliários, incluindo os que são conversíveis em outros títulos ou valores mobiliários, admitidos à negociação em bolsa de valores, em entidade do mercado de balcão organizado ou em entidade equivalente sujeita à regulamentação e controle de autoridade reconhecida pelo poder público, com funcionamento regular e direta ou indiretamente acessível ao público, salvo se os compradores ou vendedores atuarem com negligência ou má-fé, sendo presumida a negligência se a mesma operação foi submetida à apreciação de autoridade estrangeira de defesa da concorrência.

§ 5º Para os efeitos deste artigo, realiza-se uma operação de concentração de empresas quando:

I - duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; ou

II - uma ou mais pessoas, que já detêm o controle de pelo menos uma empresa, ou quando uma ou mais empresas adquirem direta ou indiretamente, por compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controle do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

§ 6º A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade econômica autônoma constitui uma operação de concentração, na acepção do parágrafo anterior.

§ 7º Para os efeitos deste artigo, o controle decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de fato e de direito da hipótese concreta, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa e, nomeadamente:

I - direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa;

II - direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

§ 8º Nos termos do parágrafo anterior, o controle é adquirido pela pessoa ou pessoas ou pelas empresas que sejam titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos, ou que, não sendo titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos, tenham o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

(...)

§ 12. A Agência procederá à análise da notificação logo após a sua recepção, em até trinta dias:

I - se o Diretor-Geral concluir que a operação de concentração notificada não é abrangida pelo presente artigo, não conhecerá da operação, arquivando de imediato o procedimento administrativo;

II - se o Diretor-Geral verificar que a operação

de concentração notificada, apesar de abrangida pelo presente artigo, não pode criar ou reforçar uma posição dominante ou de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência, decidirá não se opor a essa operação, autorizando-a;

III - se, ao contrário, o Diretor-Geral verificar que a operação de concentração notificada é abrangida pelo presente artigo e apresenta indícios de que possa criar ou reforçar uma posição dominante ou de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência, poderá requerer informações adicionais à análise.

IV - se nenhuma das hipóteses previstas nos incisos anteriores ocorrer dentro do prazo fixado neste parágrafo, ficará a operação automaticamente autorizada, sem prejuízo da apuração de responsabilidade funcional, se for o caso, na forma da legislação específica.

(...)

§ 14. Nas hipóteses em que o Diretor-Geral autorizar o ato, o Ouvidor da Agência, mediante provocação de qualquer interessado, e no prazo de cinco dias contados da data de publicação da decisão do Diretor-Geral, poderá requerer ao Tribunal da Concorrência que examine a operação.

I - protocolado o requerimento de que trata este parágrafo, o requerente do ato continuará impedido de consumir a operação notificada por um período adicional de dez dias, ficando a operação automaticamente autorizada quando decorrido esse prazo, se não houver julgamento do Tribunal.

II - o Tribunal somente poderá aprovar o requerimento do Ouvidor por decisão unânime dos seus membros.

§ 15. No caso do inciso III do § 12 deste artigo, o requerente continuará impedido de consumir a operação por um período adicional de quarenta e cinco dias após fornecer à Agência todas as informações adicionais requisitadas, aplicando-se o disposto no § 13 quanto à contagem desse prazo.

I - o requerente terá um prazo máximo de até noventa dias para resposta, caso contrário será arquivada de imediato a notificação, com a presunção de desistência da operação.

II - o prazo de resposta ficará suspenso, a pedido do requerente, se no seu curso houver negociação de acordo com o Diretor-Geral, nos termos do art. 58 desta Lei.

Bibliografia

BAPTISTA, Luis Olavo. *Empresa transnacional de direito*. São Paulo: RT, 1987.

CORREIA P. Poderes equilibrados numa nova agência. *Jornal Valor Econômico*, n. 152, 6 jan.

2001. FIORATI, J. J. As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas. *Revista de Estudos Jurídicos*, Franca: UNESP, 1996.

GAZETA MERCANTIL LATINO-AMERICANA. 1000 maiores empresas da América Latina. Ano 1, n. 2, set. 2000.

KÜBBER; SCHIMIDT. *Gesellschaftsrecht und konzentration*. München: C. H. Beck Verlag, 1988.

RODIÉRE, R. *Le droit des sociétés dans ses rapports la concentration*. Paris: P.U.F, 1969.