

COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL

MENSAGEM Nº 389, DE 2000

Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999.

Autor: PODER EXECUTIVO

Relator: Deputado **ANTONIO CARLOS PANNUNZIO**

I - RELATÓRIO

Encaminha o Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao Congresso Nacional, para apreciação legislativa, a Mensagem nº 389, assinada em 27 de março de 2000, acompanhada da Exposição de Motivos nº 58/MRE, datada de 10 de março do mesmo ano, contendo o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999.

A estrutura do instrumento internacional sob nossa análise é, em síntese, a que passo a expor.

O Acordo bilateral em tela compõe-se de um preâmbulo e doze artigos (fls. 07 a 16 dos autos), cuja cópia, contendo lacre e autenticação do

Ministério das Relações encontra-se nos autos, fls. 10 a 16, estando, também, cumpridas as demais formalidades processuais legislativas necessárias à análise parlamentar.

O *Artigo I*, composto por três parágrafos, é referente aos *Objetivo e Definições* adotados no Acordo.

O objetivo central do texto, conforme dispõe o parágrafo primeiro desse artigo, é *“promover a cooperação, incluindo tanto a cooperação na aplicação das leis de defesa da concorrência, quanto a cooperação técnica”* entre as autoridades de ambos os países, garantindo às Partes assegurar *“consideração cuidadosa a seus importantes interesses recíprocos, na aplicação de suas leis de concorrência.”*

No parágrafo segundo, definem-se, para os efeitos deste ato internacional, os termos *práticas anticompetitivas; autoridades de defesa da concorrência; leis da concorrência e atividades de aplicação.*

Nas alíneas “b” e “c”, nominam-se, expressamente quais são as autoridades pertinentes em um e outro país e quais são as leis incidentes para os efeitos do Acordo sob análise.

Nessa alínea, dividida em dois subitens, mencionam-se, no primeiro, como normas brasileiras de concorrência, as leis números 8.884/94; 9.021/95 e Medida Provisória nº 1.567/97, cuja 13ª edição, de 26 de fevereiro de 1998, foi sucedida pela Medida Provisória nº 1.647, de 24 de março de 1998, que se transformou na Lei nº 9.636, de 15 de março de 1998, referente à *regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, que altera dispositivos dos Decretos-leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946 e 2.398, de 21 de dezembro de 1987 e regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências.* Essa última norma, como se pode verificar, não tem nenhuma correlação com a matéria jurídica tratada no Acordo sob nossa análise.

Na alínea “d”, define-se *atividade de aplicação* como *“qualquer investigação ou procedimento conduzido por uma parte, ao amparo de suas leis e de outra parte, ao amparo de suas leis de concorrência”.*

No terceiro parágrafo, as partes assumem o dever de comunicar à outra alterações que venham a ocorrer nas leis nominadas no parágrafo segundo.

O *Artigo II*, também composto por três parágrafos, é pertinente às *notificações* que cada uma das Partes se compromete a fazer à outra.

A curiosidade de técnica legislativa existente nesse Artigo é que ele inicia fazendo menção ao disposto em artigo subsequente – começa mencionando expressamente o Artigo IX, onde se trata da *confidencialidade*, ressalva a ser adotada com respeito às *Atividades de Aplicação*, previstas no Artigo I – cada Parte deverá, “*com as ressalvas do Artigo IX,*” notificar a outra “*na forma prevista por este artigo e pelo artigo IX.*”

Enfatiza-se, também, no dispositivo, que “*as notificações deverão identificar a natureza das práticas sob investigação e os dispositivos legais pertinentes e deverão, normalmente, ser efetuadas tão logo possível, após as autoridades de Defesa da concorrência da Parte Notificante tornarem ciência da existência de circunstâncias que requeiram a notificação.*”

Conforme se vê, nesse parágrafo pertinente às notificações, a menção à *confidencialidade* ocorre duas vezes, logo nas duas primeiras linhas, bem mostrando a importância dada à reserva que deve ser adotada na comunicação entre os Estados Partes, através desse instrumento.

No segundo parágrafo, contendo seis alíneas, trata-se das *atividades de aplicação que devem ser notificadas*, quais sejam aquelas consideradas relevantes para a outra parte na aplicação de suas leis; as que envolvam práticas anticompetitivas que não fusões ou aquisições, realizadas no todo ou em parte substancial no território da outra Parte; as que envolvam fusões ou aquisições nas quais uma ou mais partes da transação, ou uma empresa que controle uma ou mais partes da transação, for uma empresa constituída ou organizada sob as leis da outra Parte ou de um dos seus Estados; as que englobem condutas supostamente requeridas, encorajadas ou aprovadas pela outra Parte; e, também aquelas que envolvam a busca de informações localizadas no território da outra Parte.

No parágrafo terceiro desse Artigo, as duas Partes autorizam que funcionários uma da outra possam visitar o seu território no curso de investigações amparadas por suas respectivas leis de concorrência, visitas, essas, que deverão estar condicionadas à notificação em conformidade com este Artigo e, também, ao consentimento da Parte notificada (observe-se que, no texto desse artigo do Acordo, antes da palavra notificação é imprescindível que

se coloque a crase no "a", para a clareza necessária do conteúdo do dispositivo).

O *Artigo III*, contendo dois parágrafos, refere-se à *cooperação na aplicação das leis*. No dispositivo, as partes concordam ser seu interesse comum cooperar para identificar *Práticas Anticompetitivas*, assim como para a adequada aplicação de suas leis pertinentes à defesa da concorrência, o que inclui partilhar informações que irão facilitar a efetiva aplicação dessas leis e promover o *melhor* entendimento das políticas e atividades de cada uma delas na aplicação das leis da concorrência “*na medida em que sejam compatíveis com suas leis e importantes interesses e dentro de seus recursos razoavelmente disponíveis*”.

O *segundo parágrafo do Artigo III* apresenta redação cogente e taxativa. Inicia asseverando que *nada nesse Acordo* impedirá as Partes de requerer ou providenciar assistência recíproca nessa matéria amparadas em outros Acordos, Tratados, arranjos ou práticas existentes entre elas.

O *Artigo IV*, contendo quatro parágrafos, intitula-se *cooperação relativa a práticas anticompetitivas no território de uma Parte que possam afetar adversamente os interesses da outra Parte*.

No primeiro parágrafo, as Partes concordam ser seu interesse recíproco “*assegurar o funcionamento eficiente de seus mercados*” pela aplicação de suas respectivas leis de concorrência, no intuito de “*proteger seus mercados de práticas anticompetitivas*”. Anuem, ainda, no dispositivo, ser seu interesse recíproco “*resguardar-se contra práticas anticompetitivas*” que possam ocorrer ao território da outra que, além de violar as leis internas de uma das Partes, “*afetem adversamente o interesse da outra Parte em assegurar o funcionamento eficiente dos mercados daquela outra Parte*”.

A hipótese tratada no parágrafo segundo, inicia com curiosa redação, lembrando o texto original escrito em inglês: “*se uma Parte acreditar que práticas anticompetitivas realizadas no território da outra Parte afetam adversamente seus importantes interesses*”, a primeira parte poderá, após consulta prévia à outra Parte, solicitar que as autoridades de defesa da concorrência daquela outra parte iniciem *atividades de aplicação* adequadas.

O dispositivo é complementado com a determinação de que existindo crença de haver prática anticompetitiva, essa deve ser claramente especificada no pedido de atividade de aplicação, assim como seus possíveis

efeitos “*nos importantes interesses da Parte solicitante*”, comprometendo-se, quem solicita a averiguação, a oferecer as informações e a cooperação adicionais de que disponha para elucidar o problema.

No terceiro parágrafo, trata-se do aspecto de que, na hipótese acima prevista, as autoridades de defesa da concorrência da Parte solicitada deverão analisar *cuidadosamente* se iniciam ou ampliam *atividades de aplicação* relativas às práticas anticompetitivas arroladas no pedido de averiguação, devendo comunicar a decisão pertinente que for tomada à Parte solicitante (preposição mais artigo que também se ressentem, na cópia do texto internacional enviado para análise parlamentar, da falta da crase necessária à clareza legal).

No parágrafo quarto, faz-se ressalva interessante, concernente ao Artigo IV, declarando-se que, nada nesse dispositivo, “*limitará a discricionariedade das Autoridades de Defesa da Concorrência da parte solicitada, no amparo de suas leis de concorrência e políticas de aplicação das mesmas, no sentido de determinar a condução de suas Atividades de Aplicação, com respeito às práticas anticompetitivas identificados no pedido*”, ressaltando-se, ainda, que tampouco impedir-se-á as “*autoridades da parte solicitante de conduzir Atividades de Aplicação com respeito a tais Práticas Anticompetitivas*.”

O Artigo V, composto por dois parágrafos, intitula-se *Coordenação Acerca de Matérias Interrelacionadas*.

No primeiro parágrafo, determina-se que, quando autoridades de defesa da concorrência das duas Partes estiveram executando atividades de aplicação correlatas, deverão considerar a conveniência de coordenar tais atividades.

O segundo parágrafo do Artigo V é curioso – nele prevê-se que, em qualquer entendimento de coordenação, “*as autoridades competentes de cada parte procurarão conduzir as atividades de Aplicação, **levando em consideração os objetivos das autoridades de defesa da concorrência da outra parte***” (grifamos).

O Artigo VI intitula-se *Prevenção de Conflitos; Consultas*, sendo, também, composto por dois parágrafos.

No primeiro parágrafo desse artigo, novamente é ressaltada a atenção que uma Parte deve dar aos interesses da outra: “*cada parte deverá,*

ao amparo de suas leis e na medida em que for compatível com seus próprios importantes interesses, **assegurar cuidadosa atenção aos interesses** da outra parte, em todas as fases das atividades de aplicação”, o que inclui as decisões relacionadas a iniciar ou não uma investigação ou procedimento, à amplitude a ser dada a investigação e à natureza das medidas legais ou penalidades propostas (grifamos).

No segundo parágrafo, abre-se a possibilidade de consultas entre as Partes sobre qualquer matéria constante do Acordo, seguindo a praxe utilizada em instrumentos internacionais em geral.

O Artigo VII intitula-se *Atividades de Cooperação Técnica*. Nesse dispositivo, anuem as partes ser interesse recíproco de suas Autoridades de Defesa da Concorrência desenvolver atividades de cooperação técnica conjuntas relacionadas à aplicação de suas leis e políticas de concorrência, atividades essas que deverão incluir, dentro de um quadro razoável de recursos disponíveis dos órgãos de defesa da concorrência, vários tipos de intercâmbio – de informações; de funcionários dos órgãos de defesa da concorrência com a finalidade de treinamento; participação de pessoal especializado dos respectivos órgãos como conferencistas ou consultores em cursos de treinamento sobre leis e políticas de concorrência em um e outro país, assim como quaisquer outras formas de cooperação técnicas que as Autoridades de Defesa da concorrência que as Partes concordem ser apropriadas para os fins previstos no instrumento sob análise.

O Artigo VIII, intitula-se *Encontros de Autoridades de Defesa da Concorrência*. Nele se prevê encontros periódicos entre os funcionários dos órgãos de defesa da concorrência das Partes para trocas de informações.

O Artigo IX, mencionado no Acordo em tela desde o Artigo II, intitula-se *Confidencialidade*, estando subdividido em dois parágrafos.

O Artigo X, pertinente às leis existentes é fulcral para a aplicação do Acordo sob nova análise; prevendo, taxativamente que *nada*, no momento, acarretará *obrigação de fazer ou não fazer* para cada das Partes que não esteja em conformidade com seu direito positivo interno ou que exija qualquer mudança nas leis das Partes ou de seus respectivos Estados federados.

O Artigo XI, intitulado *Comunicações Previstas neste Acordo*, prevê que essas poderão ocorrer diretamente entre as Autoridades de

Defesa da Concorrência das Partes, fazendo-se todavia, a ressalva de que as notificações previstas no Artigo II e os pedidos de consulta previstos nos parágrafos segundos dos artigos IV e VI deverão ser confirmados por escrito por meio dos canais diplomáticos costumeiros, quando menção deverá ser feita às comunicações iniciais ocorridas entre as respectivas autoridades de defesa da concorrência.

O Artigo XII é pertinente à *entrada em vigor e a denúncia* do instrumento.

A entrada em vigor está prevista para a data em que as partes reciprocamente se informem, por Troca de Notas, do cumprimento das formalidades legais necessárias à entrada em vigor do instrumento, mesmo critério a ser adotado para a entrada em vigor de emendas que eventualmente venham a ser acordadas entre as Partes.

Prevê-se validade indeterminada para Acordo, que cessará de vigor sessenta dias após uma das Partes Contratantes comunicar à outra seu desejo de denunciar o instrumento.

Assinam o Acordo o Ministro da Justiça do Brasil e a Procuradora Geral dos Estados Unidos da América, que, suponho tenham tido delegação formal e documental para tanto, conquanto cópia dessa delegação de poderes não conste destes autos.

A representatividade exterior do Estado, como sabemos, é matéria de Direito Internacional Público, que o costume sedimentou e a Convenção de Viena (ainda não ratificada pelo Brasil) consagrou.

A voz externa do Estado, na celebração de Acordos Internacionais, é a voz de seu chefe que, como bem ensina Francisco Rezek, tem a competência originária para negociar e firmar atos internacionais e ainda para exprimir, desde logo ou mediante ratificação ulterior, o consentimento estatal definitivo, na forma determinada por suas leis internas.

Os Ministros de Estado, responsáveis pelas relações exteriores, por outro lado, têm também essa qualidade representativa ampla, em caráter derivado, decorrente de sua investidura nessa função especializada pelo Chefe de Estado de Governo, detendo a presunção dessa qualidade, independentemente de qualquer prova documental avulsa, enquanto permanecerem no cargo.

A mesma hipótese serve para os chefes de missões diplomáticas, isto é, embaixadores ou encarregados de negócios de um país acreditados em outro, nas negociações bilaterais que ocorram entre Estado acreditante e Estado acreditado.

Nos demais casos, para que representantes de governos assumam, em nome de seus respectivos países, obrigações na ordem internacional, necessário se torna a apresentação da *Carta de Plenos Poderes*.

Conquanto, todavia, não conste cópia desse instrumento de delegação de poder destes autos, partimos da hipótese de que as Cartas respectivas tenham sido apresentadas pelos representantes designados pelos dois países para a efetivação das negociações, que resultaram no texto agora submetido à nossa análise.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

A matéria ora sob nossa análise é de extrema relevância.

A Exposição de Motivos nº 58/MRE, de 10 de março de 2000, que acompanha este texto internacional, subscrita pelo Embaixador Luiz Felipe de Seixas Corrêa, então Ministro de Estado Interino das Relações Exteriores, é sucinta e apresenta, como linhas mestras do Acordo em tela, os seguintes aspectos: *a) estabelece sistema de notificação de práticas anticompetitivas que afetem ambas as partes; b) possibilita que uma das partes solicite a outra que inicie investigação sobre prática ocorrida no território da segunda, com possíveis efeitos na primeira; c) sugere a coordenação das atividades das agências pertinentes, em caso de investigação conduzida pelas duas partes, criando mecanismos de cooperação e coordenação com essa finalidade; d) estabelece sistema de consultas entre as agências e encontros periódicos entre suas autoridades; e e) contempla atividades relativas à cooperação técnica.*”

Ressalta, ademais, como principais pontos positivos do instrumento, a melhoria da imagem do País no exterior na área de defesa da concorrência; a possibilidade concreta de as autoridades brasileiras terem acesso a informações, por meio de consultas formais, sobre investigações conduzidas pela parte norte-americana e que afetem os interesses nacionais (“as autoridades

norte-americanas poderão ser requisitadas a fornecer informações sobre suas próprias investigações ou mesmo serem instadas a iniciá-las, sendo facultado ao lado americano acatar ou não o pedido” – sendo, a recíproca, evidentemente verdadeira), assim como a possibilidade de os órgãos internos brasileiros obterem, de forma sistematizada, assistência técnica de instituições com maior experiência na matéria.

Tendo em vista a importância do conteúdo do Acordo, solicitei, preliminarmente à apresentação deste parecer, que fosse feito um estudo comparativo entre os textos legais citados no artigo I do instrumento, quais sejam as leis brasileiras nºs 8.884/94; 9.021/95 e a Medida Provisória 1.567/97 e, do lado americano, os instrumentos legais denominados *Sherman Act* (15 U.S.C. parágrafos 1-7); o “*Clayton Act*” (15 U.S.C. parágrafos 12-27); *Wilson Tariff Act* (15 U.S.C. parágrafos 41-58), cuja tradução foi feita a nosso pedido. Solicito, a propósito passe o documento contendo essas traduções a fazer parte integrante destes autos, de forma a facilitar a análise parlamentar.

Requeri, também, fosse feita análise técnica do alcance legal da expressão *práticas anticompetitivas* para ambas as partes e quais prejuízos potenciais poderiam essas práticas trazer ao nosso país.

Em detalhada análise, apresenta Irineu Simianer, especialista na matéria da Consultoria Legislativa desta Casa, considerações relevantes, cujos principais pontos passo a expor.

Primeiramente, lembra o autor as diferenças existentes entre os dois ordenamentos jurídicos – o sistema da “*civil law*” usado em nosso país e o sistema americano da “*common law*”.

O sistema americano utiliza como fonte principal de Direito os *costumes* ou os *precedentes*, tanto administrativos como judiciais, que se encontram expostos em *guidelines*, razão pela qual os textos das leis propriamente ditas normalmente não contêm muitas informações sobre procedimentos e técnicas antitruste. Diante disso, a análise das *guidelines* é mais útil do que a análise das leis.

No Brasil, por outro lado, o sistema civilista enfatiza a norma escrita como fonte principal do Direito Positivo, razão pela qual aqui a norma contém detalhes técnicos e procedimentais que permitem, através do texto legal propriamente dito, analisar sua sistemática de funcionamento. Assim, também, em relação às normas de defesa da concorrência.

Como principais características da política antitruste dos Estados Unidos, faz-se, no estudo, as seguintes considerações:

1. Nos Estados Unidos, segundo o parágrafo 41 da “*Federal Trade Commission*”, a expressão “*leis antitruste*” engloba (a) “*uma lei para proteger os negócios e o comércio contra restrições ilegais e monopólios*”, conhecida como *Sherman Act*, lei americana aprovada em 2 de julho de 1890; (b), “*uma lei para reduzir a tributação, para prover receita para o Governo e para outros fins*”, aprovada em 27 de agosto de 1894, conhecida como *Wilson Tariff Act* (c), “*uma Lei para reduzir a tributação, prover receita para o Governo e para outros fins*”, aprovada em 12 de fevereiro de 1913, descrita como sendo aditamento às seções 8 e 11 do título anterior, e (d) “*uma lei para suplementar leis existentes contra restrições ilegais e monopólios e para outros fins*”, aprovada em 15 de outubro de 1914, conhecida como *Clayton Act*.

Nos Estados Unidos a legislação antitruste é decorrente da existência e consolidação da grande concentração econômica ocorrida a partir de meados do século XIX.

Observa Simianer que essa concentração, no entender de Morton J. Horwitz, no livro “*In the transformation of American Law*”, Cambridge, Harward University Press, 1977, foi fruto de uma política promovida pelo Estado para propiciar e favorecer o desenvolvimento econômico, sendo, para isso, fundamentais duas atitudes: a da influência de uma política tributária e a proteção à propriedade exclusiva e monopolística. Pode-se, pois, dizer, em síntese, que a legislação antitruste aparece, fundamentalmente, como um instrumento de contenção do processo de expansão capitalista americano.

Em relação à legislação antitruste básica dos Estados Unidos, são as seguintes as características principais pertinentes à cada um dos atos normativos citados no Acordo, conforme apresentadas no estudo:

1. Lei Sherman (*Sherman Act*):

Para melhor entendimento da Lei Sherman, veja-se o teor de seus três primeiros artigos:

“*Art. 1º Todos os contratos, ajustes em forma de truste ou outros, ou combinações que restrinjam o intercâmbio ou o comércio entre os vários Estados, ou países estrangeiros, ficam considerados ilegais. Quem quer que faça tais*

contratos ou se empenhe em tais ajustes ou combinações será julgado por delito de ofensas e, se condenado, será passível de multa até cinco mil dólares ou de prisão, até um ano, ou de ambas, a critério do Tribunal;

Art. 2º Todo aquele que monopolizar, ou tentar fazê-lo, que combine ou conspire com outrem para monopolizar qualquer parte do intercâmbio ou do comércio entre os vários Estados, ou com países estrangeiros, será julgado por delito de ofensa e, se condenado, será passível de multa de até cinco mil dólares, ou de prisão até um ano, ou de ambas, a critério do Tribunal.

Art. 3º Todos os contratos, ajustes em forma de truste ou outros, ou combinações que restrinjam o intercâmbio ou o comércio em qualquer território dos Estados Unidos ou do Distrito de Colúmbia, ou que restrinjam o intercâmbio ou o comércio entre quaisquer desses Territórios, e qualquer Estado ou Estados ou entre o Distrito de Colúmbia e qualquer Estado ou Estados ou países estrangeiros, ficam considerados ilegais. Quem quer que faça tais contratos ou se empenhe em tais ajustes ou combinações será julgado por delito de ofensa e, se condenado, será passível de multa até cinco mil dólares ou de prisão até um ano, ou de ambas, a critério do Tribunal.”

O teor dos artigos acima, lembra Simianer, ao proibir, ou tornar ilegal, todo contrato, combinação ou conluio em restrição ao comércio, sujeitando os infratores a pesadas multas e ordenando a imediata dissolução do pacto, deixa claro o rigor da Lei Sherman. Desta maneira, os cartéis e trustes, que num momento inicial eram encarados como fenômenos do comércio, passaram a ser condenados espressamente por lei.

A Lei Sherman não trouxe, contudo, a solução definitiva para a resolução da questão antitruste.

Em dezembro de 1908, o Presidente T. Roosevelt, em sua última mensagem anual, criticou severamente o rigor da lei, defendendo que 'em lugar de insensato esforço para proibir todas as combinações, dever-se-á promulgar uma lei que expressamente permita combinações que sejam do interesse público, dando a algum órgão do governo nacional plenos poderes para controlá-las e para supervisioná-las'. Argumenta, também, que o monopólio pode ser proveitoso, em determinadas situações.

Em razão disso, coube ao Judiciário americano, através de interpretações, suavizar os termos da Lei Sherman.

Em 1911, a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou-se da interpretação literal do Sherman Act e enunciou a chamada **regra da razoabilidade** que é hoje um ponto pacífico na interpretação da referida lei, passando o art. 1º a ser interpretado da seguinte forma: **Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração que restrinjam, de forma não razoável, o tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei.**

2. Lei Clayton (*Clayton Act*):

O *Clayton Act*, de 1914, foi promulgado para aperfeiçoar o *Sherman Act*. Em seu art. 1º define as expressões “*leis antitruste, comércio e pessoas*”. Esta lei concentrou-se na repressão e na inviabilização das *holdings*, chegando, até, a fazer indicações de cunho trabalhista. Conquanto seja um documento de natureza econômica, viabilizou a greve e os piquetes.

Necessário é, agora, rememorarmos a evolução da nossa própria legislação antitruste. Reporto-me, também, à análise que me foi encaminhada.

No caso brasileiro, a legislação antitruste está, basicamente, calcada na legislação americana.

Inicialmente, foi editado o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que visava a proteger a economia popular em nome da segurança nacional. Consideravam-se delitos os acordos, alianças, acordos fusões efetuadas com o objetivo de impedir ou dificultar a concorrência: foi onde surgiram pela primeira vez, em nosso sistema jurídico, algumas normas antitruste que perduram até hoje, tais como a proibição do açambarcamento de mercadorias, manipulação da oferta e da procura, fixação de preços mediante acordo entre empresas, venda abaixo do preço de custo e exclusividade.

Em 22 de junho de 1945, editou-se o Decreto-lei nº 7.666, quando, pela primeira vez manifestou-se, na legislação nacional, a repressão ao abuso do poder econômico, norma que o Governo do Presidente Linhares revogou em outubro do mesmo ano.

Contudo, o reconhecimento da necessidade de se legislar a respeito foi quase imediato: na Constituição de 1946, o art. 148 reprimia a

concentração de capital contrária aos interesses nacionais, assim dispondo: “*A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros*”.

Enfatiza, ademais, Simianer a respeito que, já em 1949, o Deputado Alde Sampaio advertia a Câmara dos Deputados da necessidade de modificar a palavra *restringir* constante do Projeto Agamemnon Magalhães, observando que, “*na letra a (do Projeto Agamemnon Magalhães) prescreve-se como forma de abuso do poder econômico as combinações de empresas ou de pessoas que vierem não somente eliminar, senão também restringir a concorrência. Se não se estabelece o grau de restrição, é óbvio que toda e qualquer combinação, já por si, reduz a amplitude da concorrência.*” (Voto de 20 de abril de 1949 do Deputado Alde Sampaio ao Projeto 122-1948, Suplemento A, pág. 9).

Posteriormente, a regulamentação dessa norma constitucional originou a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.

Pode-se assim dizer que o Brasil conta, desde 1962, com uma legislação antitruste baseada no *Sherman Act* norte-americano, que pode ser considerada uma lei antitruste originária, datada de 1890, com as adaptações jurisprudenciais posteriores feitas pelos órgãos antitruste daquele País.

A Lei 4.137/62 cria, mais tarde, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, entidade subordinado ao Ministro da Justiça, com a função de reprimir o abuso do poder econômico.

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, especialmente, em seu capítulo II, trata dos aspectos penais e define como crimes contra a ordem econômica, nessa área: a) abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente a concorrência; b) formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes; c) discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; d) açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, totalmente ou parcialmente, a concorrência; e) provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou de vendedor de matéria prima, mediante ajuste ou acordo, ou por

outro meio fraudulento; f) vender mercadoria abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; g) elevar, sem justa causa, o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

A Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, origina-se, por outro lado da necessidade de prover a sociedade de um instrumental adequado à regulação dos comportamentos no mercado, que evite – ou ao menos reduza – as fricções causadas pelas mudanças de um ambiente institucional estritamente regulado e controlado, para um ambiente de liberalização das atividades econômicas.

Posteriormente, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, transforma o CADE em autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça, e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Esse diploma legal com as modificações técnicas e procedimentais introduzidas pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, e nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, constitui a base da política atual de defesa da concorrência (legislação antitruste) do Brasil e define a estrutura do órgão de defesa da concorrência brasileiro da forma seguinte:

Título I – estabelece as disposições gerais: finalidade da lei e sua territorialidade;

Título II – transforma o CADE em autarquia, estabelece as normas de composição e de competência. Estabelece as normas relativas à Procuradoria do CADE;

Título III – Dispõe sobre o funcionamento do Ministério Público Federal junto ao CADE;

Título IV – dispõe sobre a estrutura e competência da Secretaria de Direito Econômico;

Título V – inclui as normas tipificadoras das infrações, cria as penas, e dispõe sobre prescrição e direito de ação;

Título VI – trata do processo administrativo, em que se distingue a fase das averiguações preliminares, da instauração e da instrução, a cargo da Secretaria de Direito Econômico, e a fase do julgamento, de competência do CADE. Neste título se inserem ainda as normas relativas à medida preventiva e da ordem de cessação, bem como do compromisso de cessação, que podem ocorrer durante a primeira ou a segunda fase;

Título VII – estabelece normas sobre o controle de atos e contratos, rege os compromissos de desempenho e disciplina o instituto da consulta;

Título VIII – refere normas relativas à execução judicial das decisões do CADE, disciplina o processo e disciplina o instituto da intervenção judicial nas empresas;

Título IX – estabelece disposições finais e transitórias;

A legislação brasileira centraliza a defesa da concorrência em três órgãos, que formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a saber: CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), vinculado ao Ministério da Justiça, SDE (Secretaria de Direito Econômico), do Ministério da Justiça, e SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), do Ministério da Fazenda, convindo lembrar que a SDE e a SEAE são responsáveis pela instrução processual, que, por sua vez, pode ser repetida por Conselheiro do CADE, por ocasião do julgamento do processo.

A Lei nº 8.884/94, em síntese, divide a defesa da concorrência em dois grandes grupos: *as infrações à ordem econômica* (condutas), nos arts. 20 e 21, e os *atos de concentração*, em seu art. 54.

Esse diploma legal considerou *abuso do poder econômico como princípio*, coerente com a determinação da Constituição Federal – art. 173, § 4º – mantendo uma tipologia aberta e não condicionando a caracterização do ilícito econômico à consumação de seus efeitos ou resultados.

Com tal previsão, pois, cristalizou-se o entendimento de que das infrações abusivas do poder econômico não advêm apenas prejuízos efetivos, mas, também, prejuízos potenciais, pois essas infrações trazem na sua essência e por sua natureza situações de perigo e, assim sendo, devem ser reprimidas.

O dano potencial reside na aptidão da conduta ou prática – aqui também incluída a aptidão do agente que adota tal conduta ou prática – de alcançar o resultado ou o fim visado. Não há que se falar, por exemplo, em infração à ordem econômica, quando não demonstrada a existência de poder de mercado por parte do agente econômico indiciado. Não poderá haver dano se o agente não tiver a possibilidade de atingir os resultados legal e constitucionalmente coibidos, vez que não há como se abusar daquilo que não se detém, ou seja, não pode cometer abuso de poder econômico aquele que poder econômico não tem.

O mesmo entendimento aplica-se aos atos e contratos a serem objeto de repressão, previstos, no art. 54 acima citado.

Com relação à atuação repressiva, o legislador previu duas sanções a serem aplicadas ao agente infrator uma de natureza pecuniária e outra de natureza econômica (Lei nº 4.137/62, mantida pelas Leis nº 8158/91 e 8884/94).

Merece destaque a pena de natureza econômica que tem como objetivo eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica, advindos da infração podendo ser: cisão de sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos e medida preventiva, constituída da ordem de cessação de infração à ordem econômica, chamada de compromisso de cessação.

Essa medida preventiva, prevista no art. 12 da Lei nº 8.158/91 diz o seguinte: *“Em qualquer fase da averiguação do processo administrativo, da execução ou da intervenção, a SDE e o CADE poderão adotar medidas preventivas quando houver fundado receio ou indício de que o representado, por si ou através de terceiro, cause ou procure causar à livre concorrência ou ao direito de outrem, lesão grave e de difícil reparação, ou torne inócuo o resultado final do processo”*

Convém destacar que o compromisso de cessação advém do *“consent decree”* ou *“consent agreement”* que, nos Estados Unidos, é decidido pelo Poder Judiciário, quando realizado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ou pela Federal Trade Commission, quando realizado pela equipe da própria Comissão, devendo, em qualquer caso, ser o interesse público o fundamento da composição.

Outra questão que merece ser destacada diz respeito aos atos e contratos restritivos à concorrência, previstos no art. 54 da Lei nº 8884/94. O legislador brasileiro tem permitido a aplicação da regra da razoabilidade a todos os atos e contratos em restrição à concorrência. O que se tem vedado é a restrição *injustificada* da concorrência ou os chamados *maus acordos*.

A razoabilidade é critério que surgiu na jurisprudência norte-americana, conforme já citado, devendo ser apreciada na situação existente no caso concreto, ou seja, considerando-se a situação econômica do momento.

Nesse caso, se a empresa realiza ato ou contrato lesivo à concorrência o legislador brasileiro prevê que a empresa deverá compensar esse efeito negativo com a geração de *eficiências* que compensem a lesão, mediante assinatura do chamado *compromisso de desempenho*.

Aponta a análise feita que o legislador brasileiro não desconheceu os problemas que poderiam surgir de uma ilimitada proibição aos atos que restringem a concorrência e não descuidou de adotar providências para evitar que a lei seguisse o mesmo caminho inicial, proposto pela *Lei Sherman*.

São, basicamente, essas as considerações em relação aos dois sistemas existentes.

A conclusão da análise feita é de que o Acordo sob nossa análise não é colidente com as normas em vigor no nosso sistema, destinando-se a estabelecer canais de entendimento e cooperação com os Estados Unidos, mas mantendo intacto o espaço das normas internas dos Estados Partes, matéria, que, certamente, a Comissão de Finanças e Tributação melhor explicitará.

É de se ressaltar que, do ponto de vista do Direito Internacional Público, não há óbice a apresentar: os dois Estados estabelecem, entre si, mecanismos de cooperação, respeitando as normas utilizadas para a celebração de Acordos congêneres entre Estados soberanos.

VOTO, pois, no âmbito desta Comissão, pela aprovação parlamentar ao texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999, com ressalva da menção feita no Artigo I, parágrafo segundo, alínea "c", subitem "i", à Medida Provisória nº 1.567/97 que se converteu na Lei nº 9.636, de 15 de março de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-leis nºs 9.760, de 05 de setembro de 1946 e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências, que não tem correlação com a matéria objeto deste Acordo.

Sala da Comissão, em de de 2001.

Deputado ANTONIO CARLOS PANNUNZIO
Relator

COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº , DE 2001 (MENSAGEM Nº 389, de 2000)

Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica aprovado o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência; celebrado em Washington, em 26 de outubro de 1999, com ressalva da menção feita no Artigo I, parágrafo segundo, alínea "c", subitem "i", à Medida Provisória nº 1.567/97 que se converteu na Lei nº 9.636, de 15 de março de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-leis nºs 9.760, de 05 de setembro de 1946 e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências, que não tem correlação com a matéria objeto deste Acordo.

Parágrafo único: Ficarão sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem o referido Acordo, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2001.

Deputado ANTONIO CARLOS PANNUNZIO
Relator