

, DE 2019

Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para evitar o abuso do poder regulatório e ampliar a promoção da concorrência em órgãos de governo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, com o objetivo de evitar o abuso do poder regulatório previsto no art. 4º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e ampliar os instrumentos de promoção da concorrência em órgãos de governo, já previstos no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Art. 2º A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 passa a vigorar acrescida das seguintes alterações:

“Art. 19.....

§ 1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico será comunicada:

I – previamente sobre todas e quaisquer proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, assembleias legislativas e câmaras municipais e do Distrito Federal que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços;

II – previamente sobre todos e quaisquer instrumentos com potencial de alterar direitos ou criar obrigações a terceiros a serem editados por quaisquer órgãos ou entidades das administrações públicas federal, estaduais, municipais e distrital que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços;

III – sobre todas e quaisquer decisões do Plenário do Tribunal que identifiquem atos normativos legais e/ou infralegais que, de forma injustificada, criem barreiras à entrada no mercado ou distorçam ou de qualquer forma eliminem a concorrência;

a) no caso de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurado com fundamento no art. 36, V e no art. 36, § 3º, XX, o Plenário do Tribunal decidirá sobre a existência de abuso do poder regulatório, nos termos desta Lei;

b) em todos os demais casos no âmbito dos procedimentos administrativos previstos no art. 48 desta Lei, o Plenário do Tribunal limitar-se-á à providência prevista no art. 19, § 1º, III, e às demais medidas de sua competência que entender pertinentes.

§ 2º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá:

.....

§ 3º As opiniões, estudos concorrenciais, estudos setoriais, propostas, manifestações e representações, nos termos deste artigo, I a VIII, deverão orientar as deliberações legislativas e executivas referidas no § 1º, sendo que as contrárias às recomendações da Secretaria de Acompanhamento Econômico deverão ser devidamente motivadas, de modo a demonstrar com clareza os motivos que levaram à tomada de decisão em sentido contrário;

§ 4º A Secretaria de Acompanhamento Econômico divulgará anualmente relatório de suas ações voltadas para a promoção da concorrência:

I – sem prejuízo do disposto no *caput* do § 4º, no prazo de 5 (cinco) dias após a última assinatura eletrônica do documento, o inteiro teor da versão pública da opinião, estudo concursal, estudo setorial, proposta, manifestação e representação, nos termos do *caput* deste artigo, I a VIII, será disponibilizado no sítio da Secretaria de Acompanhamento Econômico;

II – A Secretaria de Acompanhamento Econômico assegurará nas opiniões, estudos concorrenciais, estudos setoriais, propostas, manifestações e representações, nos termos do *caput* deste artigo, I a VIII, o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade, podendo, neste último caso, estabelecer exceção à regra prevista no inciso anterior, nos termos do art. 44, § 2º, desta Lei, observados os limites previstos na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

.....

Art. 36.....

V – exercer de forma abusiva competência para regular ou editar atos normativos infralegais.

.....

§ 3º

XX – editar ato normativo infralegal que, de forma injustificada, crie barreiras à entrada no mercado ou distorça ou de qualquer forma elimine a concorrência.

§ 4º Identificada a infração contida no inciso XX do § 3º, nos termos dos arts. 31, 48, III e 66, §§ 2º e 6º desta Lei, o Plenário do Tribunal adotará as medidas administrativas para, imediatamente, notificar a autoridade administrativa responsável pela edição do ato normativo para suspender seus efeitos ou revogá-lo, nos termos do art. 9º, VIII, desta Lei.

§ 5º Para os fins do § 4º, não serão aplicadas à pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato normativo infralegal que crie barreiras à entrada no mercado ou distorça ou de qualquer forma elimine a concorrência as penas previstas nos arts. 37, 38, I a VI, e 39 desta Lei, cabendo ao Plenário do Tribunal tão somente adotar as medidas administrativas referidas no parágrafo anterior, nos termos do art. 38, VII, bem como as penas de natureza processual previstas nos arts. 40 a 44 desta Lei.

§ 6º Para os fins do § 5º, na hipótese de inércia ou negativa de suspensão de eficácia ou revogação, a Procuradoria Federal junto ao CADE adotará as medidas judiciais cabíveis para suspender os efeitos e anular o ato normativo reconhecido como prejudicial à livre concorrência, não sendo cabível nenhum outro meio de solução de controvérsias que possa ser mediado, arbitrado, ou de qualquer forma pactuado, acordado, ou decidido por ente diverso do Plenário do Tribunal e da pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato normativo infralegal, inclusive a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública prevista na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

Como é de conhecimento deste Congresso Nacional, entrou em vigor em 20 de setembro de 2019 a Lei nº 13.874, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado.

A Lei nº 13.874/2019, em seu art. 4º, tipificou o *abuso do poder regulatório*, mas a efetividade de tal tipificação depende da alteração do art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Em outras palavras, é o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 que pode dar efetividade à tipificação do abuso do poder regulatório feita no art. 4º da Lei nº 13.874/2019.

O art. 36 da Lei nº 12.529/2011 tipifica as chamadas *infrações da ordem econômica* (ilícitos antitruste).

Dessa forma, a autoridade competente para decidir no sentido da ocorrência de abuso de poder regulatório deve ser o Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos termos da mesma Lei nº 12.529/2011, e de acordo com os procedimentos nela definidos. É este o sentido da proposta de alteração do art. 36 da Lei, não bastando o art. 4º da Lei nº 13.874/2019, repita-se, para dar efetividade à tipificação do abuso do poder regulatório.

Com tal proposta de alteração, acresce-se ao *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 uma 5ª hipótese de tipificação de infração da ordem econômica às 4 hipóteses atualmente existentes¹.

Tal 5ª hipótese inspira-se no atual inciso IV (*exercer de forma abusiva posição dominante*), que proíbe quaisquer condutas (rol exemplificativo do § 3º do mesmo art. 36) que tenham por objeto ou possam produzir o chamado *abuso de posição dominante* ou *abuso de poder de mercado*, condenável por virtualmente todas as jurisdições antitruste do mundo.

Nesse sentido, o *abuso do poder regulatório*, nos termos do art. 4º da Lei nº 13.874/2019, ou o ato de *exercer de forma abusiva competência para regular ou editar atos normativos infralegais*, nos termos da redação proposta para o inciso V do art. 36, *caput*, há de ser compreendido pelo CADE como aquele apto a distorcer ou eliminar a concorrência.

Conforme explicado, o § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 estabelece um rol exemplificativo das condutas que, tendo por objeto ou podendo produzir os já transcritos efeitos enumerados nos incisos do *caput* do mesmo art. 36, tipificarão uma prática anticompetitiva.

Ao dispor que o ato de “editar ato normativo infralegal que, de forma injustificada, crie barreiras à entrada no mercado ou distorça ou de qualquer forma elimine a concorrência”, tal proposta de redação para o inciso XX especifica o tipo de conduta anticompetitiva que se pretende coibir por meio da inserção do inciso V do *caput* do art. 36: **pretende-se ir além da atual tipificação do abuso de posição dominante ou abuso de poder de mercado** por meio do inciso IV (combinado com qualquer conduta com efeitos anticompetitivos relativos a mercados regulados, uma vez que o rol do § 3º do art. 36 é exemplificativo) **para deixar claro que seu subtipo abuso do poder regulatório também deve ser reprimido pela autoridade antitruste**, desde que os referidos efeitos anticompetitivos sejam observados.

¹ “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; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Note-se que a legislação atual (inciso IV) não basta para que o CADE compreenda estar autorizado a aplicar a lei antitruste a setores regulados diante de contextos em que um órgão regulador edita ato normativo infralegal de caráter anticompetitivo.

Em outras palavras, na prática, órgãos reguladores atuam como se eles mesmos e os respectivos setores regulados estivessem isentos do dever de observância à legislação antitruste, o que não procede².

Os dispositivos seguintes (§§ 4º a 6º do art. 36) que se propõe incluir na Lei nº 12.529/2011 disciplinam a forma pela qual o CADE deve atuar diante da edição de ato normativo infralegal de caráter anticompetitivo por órgão regulador.

A *identificação da infração* contida no proposto inciso XX do § 3º do art. 36 deve ocorrer com base e por meio da responsabilidade da pessoa jurídica de direito público (art. 31 da Lei nº 12.529/2011) e de *processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica* (art. 48, III, da Lei), bem como do art. 66, §§ 2º e 6º da Lei, que possibilitam que Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas, Secretaria de Acompanhamento Econômico, agências reguladoras e Procuradoria Federal junto ao CADE solicitem instauração direta de procedimento (*inquérito administrativo* ou *processo administrativo*) pelo CADE sem possibilidade de declínio de competência por parte deste Conselho. Além dos dispositivos anteriores, cita-se expressamente também o art. 9º, VIII, da Lei, que estabelece, em outros termos, a competência do Plenário do Tribunal para notificar a autoridade administrativa responsável pela edição do ato normativo para suspender seus efeitos ou revogá-lo.

A adoção de tal sistemática em que a autoridade antitruste **não** deixa de exercer suas competências legais em favor das autoridades regulatórias deve ser entendida como a efetivação do consagrado modelo regulatório de competências complementares; em outras palavras, as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem, havendo divisão de trabalho segundo a qual o órgão regulador cuida das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste.

Nesse contexto de exercício de competências complementares entre autoridades regulatórias e antitruste, note-se que não faria sentido que uma autoridade, ao exercer sua competência, pudesse aplicar penas à outra autoridade, que eventualmente extrapole suas funções e, no caso, chegue a cometer um ilícito antitruste. Por esta razão é que a redação proposta para o art. 36, § 5º, estabelece que, das penas previstas na Lei nº 12.529/2011, as únicas aplicáveis no caso de abuso do poder regulatório seriam a estabelecida no art. 38, VII (qualquer ato ou providência necessário para a eliminação dos

² Mesmo nos Estados Unidos, onde existe ampla jurisprudência e doutrina sobre a questão das isenções antitruste, é possível verificar que tais hipóteses são bastante restritas: AMERICAN BAR ASSOCIATION. *D. Relationship between Antitrust and Government Regulation*. In: Chapter 13 - General Exemptions and Immunities – “Antitrust Law Developments (Eighth)”. Chicago: ABA Book Publishing, 2017, items 1. *Implied Exemptions* and 3. *Primary Jurisdiction*, pp. 1308-11 and 1314-16.

efeitos nocivos à ordem econômica), e as de natureza processual estabelecidas nos arts. 40 a 44 da Lei.

É importante notar que o proposto § 6º do art. 36 reconhece a *hipótese de inércia ou negativa de suspensão de eficácia ou revogação* pelo órgão regulador, quer dizer, está claro que não se trata de dar à autoridade antitruste um status institucional superior ao que é detido pelos demais órgãos reguladores. Trata-se, tão somente, de buscar uma solução legal para o problema prático da criação de isenções antitruste por meio da edição de atos normativos infralegais de caráter anticompetitivo.

Nesse sentido, na hipótese de resistência do órgão regulador à decisão do Plenário do Tribunal que entende haver abuso de poder regulatório, cabe ao Poder Judiciário, e tão somente a ele, a decisão final. Quer dizer, pode haver algum tipo de acordo entre CADE e regulador, desde que neste não haja a interferência de terceiros distintos do Poder Judiciário, dada a indisponibilidade do interesse público em questão e a impropriedade de uma solução como, por exemplo, a adotada na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública). Esta Lei confere poder de decisão a uma autoridade subordinada ao Chefe do Poder Executivo, o que não é o caso, por exemplo, do CADE e das agências reguladoras. Se a controvérsia concorrencial pudesse ser decidida por autoridade da administração pública direta, seria contrariada a racionalidade da legislação concorrencial e regulatória, que cria órgãos de Estado independentes para decidir sobre tais políticas e medidas concretas de caráter técnico/econômico (política econômica).

Feito o parêntese sobre o não cabimento de outros meios de solução de controvérsias que não o judicial, convém informar que tal sistemática em que a autoridade antitruste encontra dificuldades para fazer valer suas competências legais diante de alguma resistência por parte de um órgão regulador – e para dar efetividade a tais competências recorre ao auxílio do Poder Judiciário – já foi objeto de análise da literatura especializada brasileira:

“Um valioso exemplo de atuação em política de advocacia da concorrência vem da Divisão Antitruste do DOJ [dos Estados Unidos] (...) Sua atuação inclui (i) **atividades junto ao Poder Executivo, tanto na Casa Branca quanto em forças-tarefa interministeriais, visando orientar** de modo formal ou informal o Presidente e outros **órgãos do governo sobre os impactos concorrenciais das políticas e leis propostas, bem como da própria atuação dos órgãos públicos**; (ii) **elaboração de pareceres sobre iniciativas legislativas e regulatórias**; (iii) **publicação de relatórios sobre a performance concorrencial de setores regulados**; (iv) **intervenção em procedimentos de agências reguladoras** – nesse caso, coordenando sua atuação com a do *White House Policy Council*, de modo a evitar posições contraditórias; (v) **apresentação de pleitos perante agências federais**; e (vi) **atuação em litígios envolvendo setores regulados**.

(...) Por exemplo, por um lado temos medidas como *elaboração de pareceres, publicação de relatórios, entrega de documentos escritos a*

*legisladores, consultas informais e apresentações, que podem ser entendidas como menos assertivas e limitadas à utilização de argumentos técnicos que, **a depender da força dos interesses anticompetitivos conflitantes, dificilmente serão seriamente consideradas**; por outro, **temos a possibilidade de adoção de medidas mais assertivas que podem, inclusive, ser combinadas a mecanismos *hard law* para ganhar efetividade, como ocorre no caso da atuação em litígios envolvendo setores regulados e atuação como *amicus curiae* perante Tribunais**”³ (destaques ausentes no original).*

Note-se que a transcrição acima relata hipóteses muito semelhantes ao disposto na redação proposta para o § 6º do art. 36.

Além da necessidade de alteração do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, que chegou a ser incluída no Projeto de Lei de Conversão nº 17, de 2019, de minha relatoria, oriundo da Comissão Mista do Congresso Nacional da Medida Provisória nº 881/2019, é importante notar que o instituto do abuso do poder regulatório vem sendo debatido pela comunidade especializada.

Tal comunidade aponta, por exemplo, que os incisos I a VIII do art. 4º da Lei nº 13.874/2019 – que, como visto, tipifica o abuso do poder regulatório – em grande parte correspondem aos itens de *advocacia da concorrência* do *toolkit* da OCDE⁴ – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, sendo de conhecimento notório que o Brasil vem trabalhando incessantemente para a acessão a essa organização internacional desde 2015⁵. Em outras palavras, uma forma complementar de combater o abuso do poder regulatório, além de propiciar a atuação do CADE é, antes disso, fazer o uso preventivo de medidas de advocacia da concorrência, ou *promoção da concorrência em órgãos de governo*, nos termos do art. 19, *caput*, da Lei nº 12.529/2011.

Como se sabe, o atual Ministério da Economia é resultante da unificação dos ministérios da Fazenda; Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; Indústria, Comércio

³ IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional: Comitê de Regulação. *Advocacia da concorrência: propostas com base nas experiências brasileira e internacional*. São Paulo: Singular, 2016, pp. 48/49.

⁴ MATTOS, César – Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE/SEPEC/ME). *MP da Liberdade Econômica*. Brasília, 5 de dezembro de 2019, slide 10.

⁵ O Brasil foi da aderência a 18 Instrumentos Legais da OCDE em 2015 para 82 em outubro de 2019, de um total de aproximadamente 250 Instrumentos:

OECD. *Accession to the OECD: an Overview* (Nicola Bonucci, Director for Legal Affairs). Brasília, April 2017 <http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/documentos/palestras/avulsas/apresentacao_nicolabonucci_abril2017.pdf>;

OECD. “OCDE-Brazil: uma cooperação crescente e mutuamente benéfica” (Gabriela Ramos, OECD Chief of Staff and Sherpa to the G20). Brasília, April 13, 2016 <http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/documentos/palestras/avulsas/apresentacao_gabrielaramos_abril2017.pdf>;

CARRANÇA, Thais. “Não houve adiamento no apoio americano ao Brasil na OCDE, diz secretário”, *Valor Econômico*, October 11, 2019 <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/10/11/nao-houve-adiamento-no-apoio-americano-ao-brasil-na-ocde-diz-secretario.ghtml>>.

Exterior e Serviços, e; Trabalho. O Ministério da Economia passou a ser dividido em Secretarias Especiais, sendo cada uma delas responsável por um, é possível dizer, *pilar de reformas estruturantes*⁶. A Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) é responsável pelo aumento da produtividade e competitividade, bem como pela melhoria do ambiente de negócios. Em sua estrutura, existe a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) e a Subsecretaria de Competitividade e Melhorias Regulatórias. À SEAE compete justamente exercer as competências relativas à advocacia da concorrência constantes no art. 19 da Lei nº 12.529/2011, de acordo com o art. 119 do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, dentre diversas outras competências estabelecidas no mesmo Decreto. Note-se, portanto, que no campo da advocacia da concorrência, não obstante o Ministério da Economia, a SEPEC e a SEAE tenham novas estruturas e competências, a disposição legal sobre advocacia da concorrência (art. 19) permanece absolutamente a mesma desde a promulgação da Lei nº 12.529/2011.

Se, por um lado, não se pode dizer que tal dispositivo legal seja muito antigo, por outro, é certo que a comunidade especializada há tempos já identificou oportunidades para melhoria da política de defesa da concorrência por meio de um fortalecimento da chamada advocacia da concorrência. Sendo assim, note-se que as propostas de alteração do art. 19 – mais especificamente: § 1º, I e II; § 1º, III; § 3º, e; § 4º, I e II – correspondem, respectivamente, às “**recomendações** tendentes a incrementar a efetividade da advocacia da concorrência” identificadas pelas letras **d**, **g**, **e**, e **f** nas páginas 133/134 da obra coletiva já citada na nota de rodapé n. 3, de coautoria de profissionais do setor privado, da academia e também do setor público.

Note-se ainda a existência de outros trabalhos anteriores também apresentando conclusões no sentido da conveniência e oportunidade de se fortalecer a advocacia da concorrência como componente da política antitruste⁷.

Por fim, parece importante explicar que, se o presente projeto de lei retoma os trabalhos da Comissão Mista do Congresso Nacional da Medida Provisória nº 881/2019 e propõe o estabelecimento da competência do Plenário do Tribunal do CADE para **reprimir** o abuso do poder regulatório, faz todo o sentido que o órgão competente para **prevenir** o abuso do poder regulatório por meio da chamada advocacia da concorrência, como visto, a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC) do Ministério da Economia – ou, nos termos da Lei nº 12.529/2011, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – esteja o mais bem aparelhado o possível para cumprir tais funções preventivas antes que seja necessário acionar o CADE para um litígio administrativo (e possivelmente judicial) contra órgãos reguladores.

⁶ GUARANY, Marcelo – Secretário Executivo do Ministério da Economia (SE/ME). *Regulação e Desenvolvimento Econômico*. Brasília, dezembro de 2019, slide 17.

⁷ GUIMARÃES, Denis A. *Chapter 31. Regulatory Policy Round Table: A Dialogue between Telecommunications and Antitrust Authorities*. In: Part VI. Regulatory Policy Round Table: A Brazilian Case Study – CUGIA, F.; NOORMOHAMED, R.; GUIMARÃES, Denis A. “Communications and Competition Law”. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015, item 5, pp. 409/410.

Diante do exposto, é de suma importância a aprovação deste projeto, razão pela qual contamos com o apoio dos nobres pares.

Sala das Sessões, de dezembro de 2019.

Deputado **JERÔNIMO GOERGEN**
Progressistas/RS