

PARECER Nº , DE 2010

Da COMISSÃO DE SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA, sobre as emendas de Plenário oferecidas ao Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009, do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, que *estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.*

RELATOR: Senador **FRANCISCO DORNELLES**

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009, incorpora Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, e ao Projeto de Lei nº 5.877, de 2005, de autoria do Poder Executivo, e tem por objetivo estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Na redação proposta, cento e vinte e oito artigos compõem o Projeto.

No Senado Federal, o parecer apresentado e aprovado pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT), de autoria do Senador Wellington Salgado, concluiu pela aprovação do PLC nº 6, de 2009, com vinte e oito emendas.

O parecer apresentado e aprovado pela Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI), de autoria do Senador Wellington Salgado, concluiu pela

aprovação do PLC nº 6, de 2009, com todas as emendas apresentadas pela CCT e com três emendas adicionais.

Na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), o parecer do relator Senador Romero Jucá concluiu pela aprovação do PLC nº 6, de 2009, com o acolhimento de todas as emendas apresentadas cumulativamente pela CCT e pela CI.

O parecer apresentado e aprovado pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, de autoria do Senador João Pedro, concluiu pela aprovação do PLC nº 6, de 2009, com todas as vinte e oito emendas apresentadas pela CCT, salvo a Emenda nº 21, a qual foi aprovada nos termos da Subemenda CMA nº 1, e com a apresentação de uma Emenda nº 32-CMA. O parecer concluiu, ainda, pela aprovação das emendas nºs 30 e 31-CI e pela rejeição da emenda nº 29-CI.

O parecer apresentado e aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de autoria do Senador Romero Jucá, concluiu pela aprovação do PLC nº 6, de 2009, com o acolhimento das emendas apresentadas pela CCT, CI e CMA, nos termos propostos pelo parecer da CMA, isto é, com a rejeição da emenda nº 29-CI.

Em Plenário, o Senador Aloizio Mercadante apresentou cinco emendas, de nºs 33 a 37, a seguir descritas.

As Emendas nºs 33 e 34 alteram os arts. 9º e 10 do PLC nº 6, de 2009, com um único objetivo: retirar do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a competência exclusiva para celebrar convênios e contratos em nome da instituição. Pelas emendas, tal competência passa a ser do Plenário do CADE. A justificativa anota que tal atribuição ao colegiado fomentará a legitimidade dos acordos celebrados pelo CADE.

A Emenda nº 35 altera o art. 19 do PLC nº 6, de 2009, para ampliar os poderes da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) no papel de “advogada da concorrência”, isto é, no seu poder opinativo sobre atos e normas implementados por qualquer autoridade pública ou privada, em especial pelas agências reguladoras. Pela emenda, não apenas os atos submetidos por tais entidades à consulta pública poderão ser objeto de análise opinativa da SEAE/MF, mas

quaisquer atos praticados por tais entidades, ainda que não submetidos à consulta pública.

A Emenda nº 36 altera o art. 37 do PLC nº 6, de 2009, com o intuito de diminuir em dez vezes o valor mínimo da multa que o CADE deve impor ao condenado por infração da ordem econômica. Pela redação original do PLC nº 6, de 2009, a multa mínima é de 1% do faturamento bruto da empresa condenada. Pela emenda, a multa mínima passa a ser de 0,1% do faturamento bruto. Há outra mudança: pelo PLC nº 6, de 2009, a base de cálculo é o faturamento bruto obtido no mercado relevante considerado; e, pela emenda, a base de cálculo volta a ser o faturamento bruto do infrator, no seu valor global, mas excluído o valor pago a título de tributos.

A Emenda nº 37 restabelece o critério da lei em vigor, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, para a apresentação de atos de concentração econômica ao CADE: ter um dos grupos envolvidos registrado, no mínimo, R\$ 400.000.000,00 de faturamento bruto no ano anterior ao da realização da operação de concentração econômica. Pela redação original do PLC nº 6, de 2009, mais casos de uniões empresariais devem ser apresentados ao CADE, já que o piso de faturamento foi fixado em R\$ 150.000.000,00.

As Emendas de Plenário foram submetidas à análise da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, a qual proferiu parecer pela aprovação de todas as emendas, e desta Comissão. Após sua apreciação, a matéria será encaminhada às Comissões de Assuntos Econômicos, Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, e, ao final, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

II – ANÁLISE

Foram observadas as regras pertinentes à regimentalidade, dado que, nos termos do art. 104 do Regimento Interno do Senado Federal, cabe a esta Comissão opinar sobre assuntos correlatos aos transportes e às agências reguladoras, sendo que o CADE se assemelha às agências, ao regular e aplicar a defesa da concorrência no Brasil.

As Emendas nºs 33 e 34 devem ser acolhidas, porquanto o Plenário do CADE deve se ocupar da análise de convênios e contratos a serem celebrados pela entidade.

De fato, as tarefas relacionadas à celebração de convênios não podem ser desempenhadas, a contento, exclusivamente pelo Presidente do Tribunal. É necessário o crivo do Conselho, a fim de garantir a celebração de convênios que sejam oportunos para o CADE.

A Emenda nº 35 é bastante meritória, porque amplia os poderes da SEAE/MF no papel de “advogada da concorrência”, isto é, no seu poder opinativo sobre atos e normas implementados por qualquer autoridade pública ou privada, no que se refere aos efeitos concorrenciais ou anticoncorrenciais de tais atos.

O mérito da Emenda nº 35 reside no fato de que, muitas vezes, é o próprio Estado que, por meio de suas agências reguladoras e outros órgãos setoriais, cria regras anticoncorrenciais, impedindo ou dificultando, por exemplo, que novas empresas ingressem em mercados pouco competitivos. A despeito de a redação original do PLC nº 6, de 2009, já prever a competência da SEAE/MF nesses casos, havia a restrição à análise exclusiva dos atos colocados em regime de *consulta pública*. Pela Emenda nº 35, de forma salutar, todo e qualquer ato de tais entidades, ainda que não tenha sido colocado em *consulta pública*, poderá ser apreciado pela SEAE/MF.

A Emenda nº 36 deve ser acolhida, mas na forma de subemenda. Explica-se.

Tanto a lei em vigor, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, como o PLC nº 6, de 2009, merecem ser modificados em um relevante aspecto: o teto legal fixado para o montante da multa administrativa a ser aplicada pelo CADE em caso de condenação da empresa ré por infração da ordem econômica.

O parâmetro em vigor, que é de 30% do faturamento bruto anual de uma empresa, é excessivo e atenta contra os princípios constitucionais da livre iniciativa econômica, da função social da propriedade e da empresa e da busca do pleno emprego dos fatores de produção.

Isso porque o pagamento de multa em tal valor decerto levaria a empresa condenada a paralisar suas atividades, no todo ou em parte substancial, bem como a conduziria ao inadimplemento de suas dívidas trabalhistas, previdenciárias e fiscais, dentre outras, em especial com seus parceiros empresariais.

A solução proposta, de fixar o teto em 20% do faturamento bruto anual de uma empresa, atende ao princípio da proporcionalidade em matéria econômica e é capaz de inibir a prática de ilícitos concorrenciais.

A emenda que ora se propõe reduz também o piso da multa, que cai de 1% para 0,1% do faturamento bruto anual da empresa infratora no mercado relevante em que ocorreu a infração, solução que também atende ao princípio da proporcionalidade em matéria econômica, concedendo-se ao CADE maior discricionariedade na adoção de um valor justo e razoável para a multa punitiva.

Da mesma forma, deve ser reduzida a multa aplicada ao administrador da empresa infratora, cujo teto deve ser de 20% da multa aplicada à empresa.

Digna de nota é a expressa previsão legal de que o administrador deverá ser punido apenas se comprovada a sua má-fé, porque, do contrário, estar-se-ia criando um tipo de responsabilidade objetiva para o administrador, o que seria contrário à tradição jurídica de responsabilidade do mandatário da sociedade pelos atos que praticar com dolo ou culpa.

Outrossim, também deve ser contemplada na Subemenda à Emenda nº 36 a necessidade de se extirpar do PLC nº 6, de 2009, o inciso XIX do § 3º do art. 36, a fim de excluir do rol de infrações à ordem econômica a conduta caracterizada pela exigência ou concessão de exclusividade, inclusive territorial, de distribuição de bens ou de prestação de serviços.

Isso porque essa conduta, a distribuição com exclusividade, gera mais benefícios à eficiência econômica do que danos à concorrência. A eficiência gerada é chamada de economia de custos de transação: corresponde à economia nos gastos decorrentes de negociação de contratos e de monitoramento quanto ao cumprimento das obrigações avençadas.

Outro ponto é a necessária alteração do art. 98 do PLC nº 6, de 2009, a fim de que a empresa infratora, condenada pelo CADE ao pagamento de multa, possa em juízo oferecer embargos à execução da multa mediante a prestação de caução por qualquer tipo de bem ou garantia, real ou fidejussória, e não apenas caução em dinheiro, como exige a atual redação do projeto.

Por fim, é meritória a Emenda nº 37, mas também na forma de outra Subemenda, porque o controle prévio de atos de concentração econômica deve ter seu prazo reduzido de 240 dias, como anota o PLC nº 6, de 2009, para 90 dias, admitida uma prorrogação por mais 60 dias, por decisão do Tribunal e devidamente justificada com as informações adicionais necessárias à instrução, sistema conhecido nos EUA como *second request*.

O prazo de 90 dias, extensíveis por mais 60 dias, é próximo ao da lei atual e está em consonância com a experiência internacional, na qual, em regra, realiza-se o controle prévio de fusões e aquisições em prazo que varia de 60 a 120 dias.

Um prazo menor do que o previsto no projeto, de 240 dias, representa uma necessidade imperiosa, em razão do grau de agilidade da economia. Do contrário, poderá ficar comprometida a própria viabilidade econômica da operação.

Daí a necessidade de alterar os artigos do projeto que fixam prazos para as diversas etapas da análise do ato de concentração econômica (53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 65 e 88), a fim de eliminar a menção a tais prazos, os quais poderão ser descritos e revistos em regulamento, o que é mais apropriado.

Basta menção ao prazo padrão – de 90 dias – e à possibilidade de sua prorrogação, por uma única vez.

Os valores mínimos das operações de concentração econômica que são compulsoriamente submetidas à apreciação do CADE são os mesmos positivados em 1994. Estão, portanto, a merecer reajuste, dada a inflação acumulada no período, desde a implantação do Plano Real até os dias de hoje. Os novos valores alcançados – um bilhão de reais e setenta e cinco milhões de reais, respectivamente – coadunam-se com a atual realidade financeira das operações de fusão e facilitarão o trabalho do CADE, a fim de extirpar do Conselho a análise de atos de concentração econômica sem potencial ofensivo à concorrência nos mercados.

As alterações das redações dadas ao artigo 89, ao inciso IV do art. 90 e ao seu parágrafo único, por sua vez, são medidas salutares, porque não se deve exigir a apresentação ao CADE de certo tipo de contrato associativo, caracterizado como consórcio ou *joint venture*, constituídos para a realização de empreendimento específico, com prazo determinado e

comumente utilizado para a participação de empresas em licitações, já que tal consórcio lida com prazos para habilitação e julgamento de propostas bem inferiores aos necessários para que o CADE autorize a operação. Ademais, o regime legal dos contratos oriundos de processos licitatórios já assegura, por sua própria natureza, a competitividade e a livre concorrência, não cabendo outra análise a propósito do mesmo tema.

Quanto à *vacatio legis*, é de se concluir que a lei deve ter vigência imediata em suas regras gerais, em especial naquelas que exigem uma melhor estrutura orçamentária e de recursos humanos para o CADE.

III – VOTO

Pelos motivos expostos, manifestamo-nos pela aprovação das Emendas de Plenário nºs 33, 34 e 35, e pela aprovação das Emendas de Plenário nºs 36 e 37, na forma das seguintes Subemendas.

SUBEMENDA Nº à Emenda nº 36 – PLEN (ao PLC nº 6, de 2009)

Suprima-se o inciso XIX do § 3º do art. 36 e dê-se aos incisos I e III do art. 37 e ao art. 98 do Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009, a seguinte redação:

“Art. 37.

I – no caso de empresa, multa de 0,1% (zero vírgula um por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no mercado relevante em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

.....

III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a má-fé, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do *caput* deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do *caput* deste artigo.

.....”

“**Art. 98.** O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas ou em outro fixado pelo juiz da causa, para que se garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.”

SUBEMENDA Nº à Emenda nº 37 – PLEN

(ao PLC nº 6, de 2009)

Suprimam-se o § 3º do art. 65 e os §§ 2º e 3º do art. 66 do Projeto de Lei da Câmara nº 6, de 2009, renumerando-se os remanescentes, bem como suprima-se o § 9º de seu art. 88, dando-se a seus arts. 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 88, 89, 90 e 129, a seguinte redação:

“**Art. 53.**

§ 1º Ao verificar que a petição não preenche os requisitos exigidos no *caput* deste artigo ou apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, a Superintendência-Geral determinará, uma única vez, que os requerentes a emendem, sob pena de arquivamento.

§ 2º Após o protocolo da apresentação do ato de concentração, ou de sua emenda, a Superintendência-Geral fará publicar edital, indicando o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos.”

“**Art. 54.** Após cumpridas as providências indicadas no art. 53, a Superintendência-Geral:

.....”

“**Art. 55.** Concluída a instrução complementar determinada na forma do inciso II do *caput* do art. 54 desta Lei, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento, recebendo-a como adequada ao exame de mérito ou determinando seja refeita, por incompleta.”

“**Art. 56.** A Superintendência-Geral poderá, por meio de decisão fundamentada, declarar a operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Parágrafo único. Declarada a operação como complexa, poderá a Superintendência-Geral requerer ao Tribunal a prorrogação do prazo de que trata o § 2º do art. 88 desta Lei.”

“**Art. 57.** Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral:

.....”

“**Art. 58.** O requerente poderá oferecer, no prazo de oito dias da data da impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral, juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido.

.....”

“**Art. 59.** Após a manifestação do requerente, o Conselheiro-Relator:

.....

II – determinará a realização de instrução complementar, se necessário, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

.....”

“**Art. 60.** Após a conclusão da instrução, o Conselheiro-Relator determinará a inclusão do processo em pauta para julgamento.”

“**Art. 64.** O descumprimento dos prazos previstos nesta Lei implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica.

.....”

“**Art. 88.**

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

.....

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em 90 (noventa) dias a contar do protocolo da petição, podendo ser prorrogado uma única vez pelo Tribunal, de ofício ou mediante requerimento da Superintendência-Geral, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias.

.....”

“**Art. 89.** Para fins de análise do ato de concentração apresentado, serão obedecidos os procedimentos estabelecidos no Capítulo II do Título VI desta Lei.

Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de aquisição de ações por meio de oferta pública.”

“**Art. 90.**

.....

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, salvo se voltados ao atendimento de um empreendimento específico e com prazo determinado.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, bem como as transações e as negociações de ações, quotas ou outros títulos, por conta própria ou de terceiros, em caráter temporário, ou participações adquiridas para fins de revenda, desde que os adquirentes:

.....”

“**Art. 129.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto aos dispositivos que disciplinam o controle prévio de apresentação de atos de concentração econômica, os quais entram em vigor 1 (um) ano após a data de sua publicação.”

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator