

# Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,  
Consumo e Comércio Internacional

Ano 1 número 5  
Julho 2010

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,  
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

**REVISTA DO IBRAC**

Presidente: Marcelo Procópio Calliari

Diretora de Publicações: Leonor Cordovil

Editor assistente: José Carlos Busto

**Conselho Editorial:** Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 1 número 5  
Julho de 2010

**SUMÁRIO**

<b>NOTIFICAÇÃO DE REPRESENTADOS ESTRANGEIROS EM INVESTIGAÇÕES DE CARTEL: UM CONVITE AO DEBATE.....</b>	<b>4</b>
Camilla Paoletti .....	4
<b>PLC N.º 06/09 – QUANDO A EMENDA FICA PIOR QUE O SONETO .....</b>	<b>6</b>
Paolo Zupo Mazzucato .....	6

## NOTIFICAÇÃO DE REPRESENTADOS ESTRANGEIROS EM INVESTIGAÇÕES DE CARTEL: UM CONVITE AO DEBATE

**Camilla Paoletti\***

A atividade da Secretaria de Direito Econômico (SDE) no combate aos cartéis não é novidade. Nos últimos anos, a Secretaria intensificou significativamente sua atuação, devendo todo este esforço ser reconhecido. No entanto, como ainda se trata de prática relativamente nova, muitas questões e incertezas acabam surgindo no desenrolar da instrução dos processos administrativos. Cita-se aqui a forma como representados estrangeiros vem sendo notificados, ou melhor, informados da existência dos casos em que figuram no pólo passivo.

Grande parte das empresas investigadas hoje, no Brasil, é estrangeira. Muitas delas possuem filial em território nacional, o que facilita sobremaneira o trabalho da Secretaria na notificação, pois, apesar de a suposta infratora e representada no polo passivo ser a empresa holding estrangeira, a notificação na pessoa do responsável pela filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil é válida, conforme previsto no Código de Processo Civil e no parágrafo 2º da Lei n. 8.884/94.

O problema ocorre, no entanto, quando as empresas representadas não possuem filial no Brasil ou quando figuram no polo passivo pessoas físicas estrangeiras residentes e domiciliadas no exterior. Como se trata de processos para apuração de atos infracionais, a lei é clara ao prever que a citação deve ocorrer por carta rogatória ou via diplomática – não se aplicando outras hipóteses de citação. A própria Portaria n. 456/2010 da SDE reconhece esta exigência legal, no parágrafo 2º, do artigo 10, ao estabelecer que, exclusivamente no processo administrativo cuja investigação possa resultar na imposição de sanções administrativas por infração contra a ordem econômica, a notificação inicial do representando deve ser efetivada por meio postal, acompanhada de cópia do despacho que determinou sua instauração.

Como se sabe, o procedimento de citação por carta rogatória ou via diplomática não é simples – pode levar muito tempo, dada toda a burocracia e morosidade. Neste intervalo, o andamento do processo administrativo fica suspenso, aguardando a notificação de todos os representados. Com o claro intuito de criar uma alternativa a esta barreira legal, a SDE vem adotando prática de informar representados estrangeiros da existência do processo administrativo. Nesses casos, a Secretaria emite um ofício em inglês à empresa ou pessoa física estrangeira, informando da existência de investigação pelas autoridades antitruste brasileiras e informando que os representados estrangeiros devem comparecer

---

\* Advogada do escritório Grinberg, Cordovil e Barros Advogados.

espontaneamente, caso contrário a Secretaria fará uso das melhores práticas internacionais, incluindo solicitação de ajuda da Interpol.

Trata-se obviamente de forma ameaçadora de tentar fazer com que representados estrangeiros compareçam espontaneamente e, possivelmente, façam acordos com a autoridade. Além disso, a menção à Interpol é bastante arriscada, pois não há condenação. É compreensível e louvável a tentativa da autoridade brasileira em buscar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, mas a forma de se atingir este objetivo merece ser repensada. O ímpeto do combate aos cartéis não pode sobrepor-se à razoabilidade dos atos administrativos. Se a intenção da SDE é informar sobre a existência do processo e conceder ao representado estrangeiro a oportunidade de comparecer espontaneamente, é imperioso que haja uma alteração na forma e no conteúdo deste tipo de ofício para que fique claro que se trata de mero comunicado sem penalidades. Agindo assim, a SDE certamente estará mais próxima da observância das melhores práticas para a aplicação e obtenção de resultados da legislação de defesa da concorrência e o efeito atingido poderá ser o mesmo sem violar nenhum dos princípios que regem a Administração Pública.

## PLC N.º 06/09 - QUANDO A EMENDA FICA PIOR QUE O SONETO

**Paolo Zupo Mazzucato\***

O Projeto de Lei da Câmara n.º 06/09 (PLC) propõe a reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na qual se destaca a reunião das atividades instrutória e decisória no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em dezembro de 2009, o PLC foi levado a Plenário no Senado Federal, quando então recebeu mais 5 emendas do Senador Aloizio Mercadante, que se acresceram às 32 já existentes. Duas daquelas são dignas de nota, tendo, inclusive, recebido parecer favorável da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado no último dia 07 de julho.

A Emenda n.º 36 versa sobre a penalidade aplicável aos ilícitos antitruste. Segundo o PLC, no caso de empresa, a multa oscilaria entre 1% a 30% do faturamento bruto obtido no mercado relevante afetado pela infração no exercício anterior à abertura do processo administrativo. A emenda, porém, propõe o intervalo de 0,1% a 30% do faturamento bruto total, pois, segundo sua exposição de motivos, a noção de mercado relevante careceria da objetividade necessária para a fixação da pena e a redução do patamar mínimo seria suficiente para garantir a proporcionalidade necessária entre a conduta tipificada e a sanção aplicada.

Tanto o Projeto quanto a sugestão em comento estão equivocados, em face do grave risco de subpunição, algo contrário aos interesses dos consumidores e das próprias empresas. A sanção (e a tutela da Ordem Econômica consubstanciada no Direito Antitruste) poderia perder sua efetividade, tornando o mercado mais suscetível a condutas anticompetitivas, em claro prejuízo ao ambiente de negócios e à liberdade de empreendimento. Isso porque, em sede de ilícitos econômicos, estudos demonstram que os agentes realizam uma ponderação do tipo custo-benefício na qual, de um lado, avaliam os possíveis lucros a serem auferidos e, de outro, a possível penalidade em caso de detecção. Sendo o saldo positivo, violar a lei torna-se bom negócio, algo cuja probabilidade, por questão lógica, será maior com a redução do limite mínimo da multa. O mesmo raciocínio se aplica caso se restrinja a base de cálculo ao mercado relevante afetado, pois também nessa hipótese a probabilidade maior será a de a pena aplicada ter valor inferior ao dos ganhos oriundos da conduta anticompetitiva. E é insuficiente a ressalva presente no PLC (mantida incólume pela emenda e existente na lei em vigor) de que a multa

---

\* Advogado, Mestre em Direito Econômico pela UFMG, Professor da Faculdade de Direito Milton Campos e Presidente da Comissão de Direito da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/MG. E-mail: [pzm@grebler.com.br](mailto:pzm@grebler.com.br).

não poderá ser menor que a vantagem obtida quando possível a estimação, pois óbvia é a dificuldade dessa tarefa, o que, na prática, tornará a regra raramente aplicada – como, de fato, o é.

Logo, melhor seria se mantida fosse a redação da atual Lei Antitruste, que prevê multa de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior, excluídos os impostos, a qual nunca poderá ser inferior à vantagem auferida. Uma única alteração seria importante: a previsão de que, em caso de infração permanente ou continuada (a exemplo de cartéis), a multa incidisse sobre o faturamento de todos os anos em que ocorreu a prática, e não apenas no anterior à abertura do processo administrativo.

Já a Emenda n.º 37 rediscute os critérios para a notificação de atos de concentração que, pelo sistema vigente, deve ocorrer sempre que uma das requerentes tiver registrado faturamento bruto no último exercício superior a R\$ 400 milhões ou quando da operação resultar uma participação superior a 20% do mercado relevante. Como aproximadamente 90% das transações comunicadas ao CADE são aprovadas sem restrições, a pretendida reforma legal teve por motivação subjacente reduzir o volume de serviço da autoridade, de modo que ela pudesse se concentrar no combate a práticas anticoncorrenciais.

Assim, o PLC suprimiu o índice de market share e incluiu um requisito adicional referente a faturamento: este, para uma das partes, deveria ser na ordem de R\$ 150 milhões, e, para a outra parte, de R\$ 30 milhões. Tais números encontrariam respaldo em estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), tomando-se por base a experiência alemã. Contudo, a Emenda n.º 37 majorou para R\$ 400 milhões o primeiro dos índices, ao fundamento de que o valor de R\$ 150 milhões “certamente faria o CADE analisar operações que não possuem nenhum impacto concorrencial, desperdiçando recursos públicos”.

Tais cifras têm um quê de aleatoriedade, pois o Legislativo não apresentou justificativa alguma amparada em evidências empíricas e científicas consistentes. Ademais, a elevação excessiva do critério de faturamento pode excluir de qualquer controle operações verificadas em mercados geográficos municipais e estaduais, bem como integrações em setores como o de supermercados e drogarias, conforme o pertinente exemplo do aludido estudo do IBRAC. A busca por celeridade e redução do volume de serviço do CADE não pode ser feita em detrimento da proteção da coletividade.

A origem do problema se encontra na equivocada supressão, pela pretendida reforma, do parâmetro de market share para a comunicação de concentrações empresariais – este abrange players de faturamentos e âmbitos geográficos de atuação de todos os portes. Caso fosse restabelecido, a emenda em apreço não traria maiores riscos ao interesse público e seria eficaz no intuito de se reduzir o excessivo volume de serviço do CADE no controle de estruturas de mercado.

O Projeto estipulou, ainda, que aqueles valores poderão ser alterados, por indicação do Plenário do CADE, por portaria interministerial dos Ministros da Fazenda e da Justiça, o que não é recomendável, ao se submeter uma decisão de caráter técnico a

órgãos de natureza política. Ademais, o Projeto dispõe que seria facultado à autoridade antitruste requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrassem nos critérios de notificação pelo prazo de até um ano após sua realização, o que é de constitucionalidade duvidosa ante a garantia de proteção do ato jurídico perfeito, bem como atentatório à segurança jurídica necessária aos negócios no País.

A bem da verdade, a Lei n.º 8.884/94 não precisa de reformas radicais, mas de modificações pontuais naquilo que a jurisprudência não for capaz de adaptar às evoluções do mercado. É fundamental, portanto, que o PLC seja objeto de maiores debates no Senado, continuando-se a ouvir entidades representativas da sociedade civil. A emenda ficou pior que o soneto: as propostas de alterações, se aprovadas, certamente representarão um retrocesso na política de concorrência no Brasil.