

Painel 4 – O PROJETO DA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – *BRAZILIAN’S NEW PROPOSED COMPETITION BILL*

Coordenador / Chairperson: Sérgio Varella Bruna –
Presidente do IBRAC

Duas Visões sobre o Projeto de Lei / *Two Views about the Proposition*

Convidados:

Daniel Goldberg – *Secretário de Direito Econômico*

Pedro Dutra – *Pedro Dutra Advogados*

O Projeto de Lei em Debate / *Roundtable on the Proposed Competition Bill*

Debatedores: Flávio Lemos Belliboni – *Pinheiro Neto Advogados*

Túlio do Egito Coelho – *Trench, Rossi e Watanabe Advogados*

■ **Sérgio Bruna**

Então, sem mais delongas, eu gostaria de passar a palavra ao Flávio Belliboni, que é conhecido de todos, sócio do Pinheiro Neto, e que vai fazer as suas colocações em 20 minutos.

■ **Flávio Belliboni**

Primeiramente, tentarei ser extremamente objetivo, para não perder tempo, porque eu sei que vários de vocês já devem estar com fome.

Inicialmente falarei da preocupação que existe, porque eu vim aqui falar de preocupações que podem existir hoje nesse cenário todo em relação a todos os atores que participam desse sistema. E eu vou só fazer uma pequena introdução porque acho que, quando olhamos para a própria Exposição de Motivos, para mudança do nosso sistema, verificamos que o que se busca, ou seja, a preocupação maior, é a celeridade e a eficiência.

Eu acho que nesse sentido não é só um privilégio nosso estar querendo buscar a celeridade e a eficiência. Hoje em dia, sabemos muito bem, essa é uma busca insistente dentro do governo e dos seus poderes (Executivo, Legislativo e o próprio Poder Judiciário). Neste, ultimamente, uma das coisas que mais se tem discutido é a busca de uma solução para o volume e para a demanda de processos que existem no Judiciário e para diminuir o tempo que se gasta para tentar resolver uma questão. Este é sempre o nosso objetivo. Mas temos que primeiramente pensar um pouco, parar no tempo e olhar para trás.

Quando eu penso na preocupação do Brasil em relação à concorrência em si, e constato que a preocupação se iniciou quando eu nasci, em 1962, quando foi criada a Lei 4.137. A partir daí, houve uma preocupação com a concorrência. Só que ao longo de 30 anos (basicamente de 1962 até 1994), é lógico que o legislador que pensou tentar de alguma forma proteger a concorrência, e o próprio consumidor em relação a essa concorrência, foi buscar lições que já existiam há mais de 70 anos, porque é sabido que a nossa Lei 4.137 foi baseada no Sherman Act, que é de 1890. Então, já havia uma experiência que não era nossa, mas a preocupação surgiu e adotamos o sistema ou a preocupação com relação a isso, que já vinha sendo exercitada há vários anos nos Estados Unidos.

Durante estes 30 anos, por meio de levantamentos – não sei se esses dados são precisos –, sabemos que houve basicamente junto ao Cade (então criado por aquela Lei) por volta de 275 processos, que é um número extremamente reduzido para uma preocupação. Dentre desses 275, sabemos que de 1991 a 1994, ainda sob a mesma lei, tivemos basicamente 30 atos de concentração, se é que podiam ser chamados assim então. Assim, nesse primeiro período de 30 anos, tivemos alguns paladinos tentando se preocupar com essa questão.

A partir da abertura do próprio país, em 1990, e do crescimento da própria preocupação com relação ao tema em si, fizemos uma lei, que podemos dizer que foi muito mais efetiva do que a primeira, que é a lei vigente hoje (Lei 8.884) e que acabou de completar recentemente agora em junho 11 anos. E essa experiência já nessa segunda fase ficou muito claro que foi muito maior.

Ontem a Dra. Elizabeth me propiciou alguns dados sobre alguns casos julgados este ano, que mostraram para mim que ao longo desse 11 anos praticamente foram julgados 4.000 atos de concentração e algo em torno de 1.200 a 1.300 processos administrativos.

O que é interessante nisso é que na verdade nós exercitamos a prática de conhecer a proteção, a defesa da concorrência, com muito trabalho.

E, voltando então à Exposição de Motivos do Projeto, que visa buscar a celeridade – na verdade estamos querendo buscar a eficiência, isto é, a segurança jurídica –, na verdade ficamos um pouquinho preocupados – e essa é a primeira colocação que eu faço – com o seguinte: será que ao longo desses 11 anos, com toda a prática e experiência adquiridas, seria necessário mudar totalmente o sistema?

Ao longo desse 11 anos percebemos que algumas incorreções existiam na lei, mas as autoridades, juntamente com a comunidade que trabalha na Secretaria de Direto Econômico, junto à Secretaria de Acompanhamento Econômico e o próprio Cade, e aqueles que estão do outro lado, os próprios advogados e economistas envolvidos com a matéria, trataram, por meio das suas manifestações às autoridades, aperfeiçoar o sistema. Com isso tivemos algumas dificuldades iniciais com relação aos requisitos de submissão: a questão dos 20%; a questão de faturamento, se é no Brasil ou fora do Brasil; foi criado um guia de análise econômica pela SEAE e pela SDE extremamente objetivo, mas que acabou não sendo tão perfeito porque faltou o Cade participar disso de uma maneira mais intensiva.

Mas a própria jurisprudência o longo desses 11 anos foi criando essas situações e possibilitando alguns ajustes. Então, hoje, recentemente, mesmo a partir de janeiro deste ano, já temos uma submissão, apesar de ainda não ser uma decisão unânime, e o critério de faturamento no Brasil já está mais definido.

Sobre a questão da tempestividade, logo no início eu tive a oportunidade também de, coincidentemente, ir para Brasília pelo nosso escritório em 1993, o que significa que em 1994 eu comecei a ter interesse – porque a lei veio, e eu estava em Brasília, mais perto do poder – e então resolvi desenvolver atuar na área. E pude perceber que no começo vários de nós tiveram preocupações extremas, e ficávamos sempre um pouco tranquilos quando um dos parceiros, advogados que trabalhavam na área, podia dividir conosco a preocupação. E na hora que um deles era nomeado para o Cade então se pensava que a questão da tempestividade iria ser resolvida, porque houve situações extremamente delicadas em relação a isso.

Uma outra questão que basicamente acabou sendo resolvida foi a dos casos simples, porque nós sabemos – ontem a Dra. Elizabeth deixou isso muito claro – que se chega a ter 70%, 90% de casos extremamente simples,

para os quais a aprovação é dada em uma média de 80 dias, sendo que nos casos mais complicados a demanda é muito maior e a análise tem que ser mais detalhada, levando mais tempo.

Mas, em razão dessa preocupação nós temos um sistema hoje com submissão *a posteriori*. Nesses casos mais simples normalmente o que ocorre é que, por não envolverem às vezes empresas de porte muito grande, com muita participação de mercado, acabam sendo negociados e às vezes apresentados para aprovação já concretizados, coisa que a nossa legislação permite.

Em nosso sistema havia uma preocupação porque há os outros casos. Esses outros casos (2%, 5% – esse número pode variar um pouco) são muito complexos, e os efeitos que podem ser produzidos no mercado são muito grandes. Portanto, nós também criamos alguma coisa para separar esses casos. O Cade, por exemplo, criou o Apro, um acordo para proteção à reversibilidade da operação, impedindo, então, dessa forma a concretização do negócio e evitando esses efeitos todos no mercado.

Então, quando começamos a examinar o projeto, para mim uma das questões principais e que mais preocupam – eu não sei se o projeto está certo ou não – é que de uma certa forma é difícil criticar, porque sabemos que as legislações mais avançadas têm a submissão prévia. Mas nós, ao longo desses onze anos, criamos, como eu estava mencionando, algumas situações que evitam aquilo que a submissão prévia pretende.

E a preocupação que fica, no que diz respeito à submissão prévia, é que estamos buscando celeridade. Quando a Dra. Elizabeth mencionou que hoje há um tempo médio de aprovação de caso que chegou a ser de 80 dias, chegou a ser de 125 dias, e hoje voltou à casa dos 80, 86 dias, precisamos olhar os outros casos, que estes sim preocupam.

E num levantamento que eu fiz os números são um pouco diferentes: esses casos mais complexos giram em torno – pelo menos alguns casos mais complicados, maiores – de 20 a 48 meses. Pode-se citar: um dos últimos casos mais polêmicos, o caso da Nestlé, que foram 22 meses; o caso da Braskem, 47 meses. Há casos mais antigos: Manah e Fortlit, 38; GM-Fiat, 38 meses; Cia. Brasileira de Distribuição-J. Melo, 32 meses; Belgo-Mineira e Acinda, 42 meses.

Quer dizer, essa preocupação é muito grande, porque esses são os casos em que efetivamente, no que diz respeito à necessidade talvez da submissão prévia, se precisa tomar mais cuidado.

Quanto aos outros casos, como foi dito – e o próprio projeto prevê isso –, há a possibilidade de aprova-los de uma maneira muito rápida. E estamos sendo no projeto até extremamente agressivos porque, se a apresentação for perfeita e não houver necessidade de fazer qualquer alteração, o superintendente geral talvez em 25 dias já tenha a decisão e o caso estará aprovado. No entanto, a preocupação maior em relação a essa submissão prévia é: será que iremos conseguir essa eficiência apresentada pelo projeto?

Nós, ao olharmos, vamos nos preocupar um pouco com a estrutura. Nós sabemos que uma das coisas ao longo desses últimos 7, 8 anos que nós ouvimos muito foi a autoridade dizer que não tem recursos, que tem preocupações.

Há uns quatro anos, fiz um levantamento sobre o orçamento do FTC e o orçamento do Cade, e os números são preocupantes, ou seja, estamos crescendo, mas não sei se essa modificação para submissão prévia da noite para o dia, será que não seria melhor...

O projeto tem um ponto extremamente importante, os artigos 122 e 123, que é essa criação dos cargos especializados em políticas públicas e gestão de governo. Será que não seria melhor primeiro ter a estrutura montada, que é um ponto extremamente positivo do projeto, para depois tentar efetivamente mudar o sistema?

Fica essa preocupação por quê? Porque a partir do momento em que o sistema tiver mudado completamente, haverá a necessidade de aprovação de casos mais simples, sob pena de travar a economia. Há situações extremamente delicadas. Pode haver operações simples sem efeitos à concorrência em que, eventualmente, o próprio tribunal ou a própria superintendência geral não serão os únicos envolvidos.

Nós temos algumas questões relacionadas às agências reguladoras. E aí teremos mais um parceiro para analisar o caso. O caso pode ser simples, mas como é que fica o *timing* de aprovação disso?

Nós temos que tomar cuidado com isso porque algumas operações que são eminentemente nacionais nós iremos resolvê-las aqui dentro de casa. Mas hoje em dia as operações muitas vezes são operações globais, com efeitos em várias jurisdições. E como fica essa possibilidade se nós ainda não atingimos a eficiência esperada?

Ao longo de 11 anos de muito trabalho e muita experiência, há a apresentação concomitante com outras jurisdições, e de repente há as aprovações

que são feitas de uma maneira muito rápida, o que pode gerar um certo descompasso. Então, é uma preocupação muito grande.

Ontem eu fiquei muito contente em ver a Profa. Ada trazendo ensinamentos acho que para todos. Talvez tenha sido um ponto muito alto deste evento.

E uma preocupação que eu tenho em relação a isso, em relação ao projeto, é que nessa questão da decisão administrativa do Cade, enquanto há um sistema que permite a submissão *a posteriori* e nós já criamos um instrumento para tomarmos cuidado com as operações mais complexas, vamos estar colocando tudo tendo que ser apresentado antes da conclusão do negócio.

E hoje, como não é assim, o Cade dá uma decisão, e eventualmente na operação que vai ser bloqueada, a decisão administrativa já vai surtir efeitos. Mas eu olho um pouco para os Estados Unidos, onde mesmo a própria submissão prévia ainda é muito discutida – há poucos anos houve algumas discussões extensas no FTC sobre a eficiência ou não dessa submissão prévia e a preocupação em relação a travar operações, em reprovar operações e os efeitos que isso pode ocasionar, inclusive com empresas eficientes. Então, eu me pergunto se essa decisão administrativa não tem uma força muito grande.

Nos Estados Unidos, quando uma operação é reprovada, o FTC, ao reprová-la, vai ao Poder Judiciário e obtém a chancela para impedir que a operação se conclua. Então, o crivo do Poder Judiciário está lá, junto. No momento final da decisão administrativa, o Poder Judiciário já se manifesta. E ontem, ao ouvir um pouco sobre a questão da judicialização das decisões, fico a me perguntar se essas não são formas que talvez possamos criar no sistema para aproximar o Poder Judiciário da Administração Pública nesse sentido e permitir que se tenha efetivamente um desenvolvimento no Poder Judiciário – falou-se em criação de Varas especializadas, mas não sei se é necessário.

As questões de que estamos tratando são questões econômicas. E lógico que há especificidades que é preciso conhecer.

Muitas vezes as pessoas criticam porque a parte vai ao Judiciário, contesta a decisão do Cade. Esta é a forma de exercitar e dar conhecimento que nós temos. O fomento da matéria, que tem que ser feito pelo Cade, que tem que ser feito pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, é uma das formas de trazer o Poder Judiciário a examinar essas questões.

Então, concluindo essa parte da submissão prévia, fica essa preocupação: será que temos efetivamente que modificar o sistema todo se já criamos, se já temos situações, inclusive na própria apresentação, em que o que acontece é que a submissão é prévia, mas no Brasil é o primeiro lugar a que se submete, apesar de ser *a posteriori*, porque no momento em que se assina todo e qualquer contrato, que é ainda um pré-contrato, já se submeteu a operação.

Independentemente dessa questão relativa à submissão prévia – para mim esse é um ponto mais polêmico, e eu tentei me centrar exatamente nele –, há dois pontos que eu acho extremamente importantes, e o avanço no projeto é muito grande.

Não sei se há necessidade modificar todo o sistema para essas modificações. Eu acho talvez que uma das alterações da nossa legislação permite isso. Uma delas é a unificação dos órgãos, pois com isso se atende inclusive a uma das recomendações da própria OCDE. No entanto, eu ainda acho que essa unificação dos órgãos foi parcial, na medida em que temos a Secretaria de Direito Econômico e o Cade juntos, criando a Superintendência Geral e o tribunal, mas o papel da Secretaria de Acompanhamento Econômico para mim preocupa porque, por meio do artigo 19, a competência da SEAE é muito extensa, muito grande.

As primeiras questões que se vêm sobre a relação dela, que é a própria promoção da concorrência, o desenvolvimento de políticas públicas, sua participação junto às agências reguladoras, me preocupam. Se é para unificar, vamos unificar mesmo. Eventualmente, se a Secretaria de Acompanhamento Econômico, um órgão do Ministério da Fazenda, está fora, então por meio de uma lei esparsa ela pode participar junto com as agências reguladoras, mas não necessariamente. Precisa ser definido esse papel, e uma das preocupações de ordem prática é a própria competência dentro do processo de ato administrativo, ato de concentração ou processo administrativo, porque vemos a criação de um departamento de estudo econômico que tanto quanto a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá de ofício, ou a requerimento do Superintendente-geral, do Conselheiro-relator se manifestar no caso. Eu fico preocupado se nisso não haveria uma sobreposição. Brigamos tanto para ganhar tempo e de repente há dois órgãos se manifestando sobre a mesma coisa. Então, ou um não é de ofício, ou fica a opção do Superintendente-geral ou do Conselheiro-relator, ou seja, a um só desses órgãos.

Uma outra questão que é extremamente importante diz respeito ao mandato dos Conselheiros – eu acho que isso foi muito bem feito, porque nós

percebemos que o mandato dos Conselheiros, mesmo com a possibilidade de recondução, não é exíguo. No entanto, eu tenho algumas preocupações, porque na medida em que você define quatro anos sem possibilidade de recondução para os Conselheiros e ao mesmo define para o Superintendente-geral dois anos com possibilidade de recondução, será que não seria melhor definir a extensão desse mandato de igual forma?

E ainda fica uma outra pergunta: na medida em que a análise de processos administrativos e a investigação de cartel são extremamente complexas, não são tão rápidas, e o Superintendente-geral tem apenas dois anos de mandato, será que ele vai começar um processo e vai terminar? Eu tenho processos não só nessa esfera, mas na esfera judicial em que ao longo de 10 anos eu não ainda tenho uma sentença de Primeira Instância. Então, não sei se esse prazo também não é muito reduzido.

E, por fim, já que eu estou sendo aqui premido pelo tempo, a última questão que eu gostaria de colocar diz respeito à indicação do economista-chefe.

Esta é uma preocupação, pois a indicação também está sendo feita pelo Presidente da República, mas acho seria muito mais um cargo de confiança. Então, talvez seja melhor o economista-chefe – o projeto é excelente mas em termos de mandato do economista-chefe, eu acho que é uma imperfeição que precisa ser corrigida –, por ser uma função tão dentro do sistema, ser um cargo de confiança do próprio Superintendente-Geral ou do Presidente do Cade?

Então essas são as primeiras questões. Vamos torcer para que o debate se intensifique após as apresentações, porque há muita coisa ainda para ser discutida. Obrigado.

■ Túlio Coelho

Bom dia Sergio. Bom Dia a todos. Cumprimento meus colegas de Mesa.

A discussão sobre o tema da modificação da linha antitruste é realmente de fundamental importância, e obviamente não pode se esgotar numa tarde como hoje, pois o tempo é muito curto. Portanto, eu acho que o propósito desta apresentação é muito mais de levantar pontos, para que sejam detalha-

dos e discutidos com ponderação ao longo do tempo, que eu creio que ainda teremos, porque não acredito numa aprovação tão rápida desse projeto, tal como foi encaminhado pelo Congresso Nacional.

Em relação ao projeto, irei direto aos pontos, tendo em vista o prazo tão curto que temos.

Eu vejo que, do ponto de vista institucional, por exemplo, sempre que houve a discussão a respeito da necessidade de se modificar a lei, falou-se da necessidade de enxugar o sistema, na medida em que nós temos três órgãos antitruste.

Por que três órgãos antitruste e não um só? Esse único órgão seria muito mais eficiente, não haveria dispersão de recursos. Eu sempre entendi que realmente essa era uma das razões que motivavam a elaboração de um projeto de lei, mas eu vejo que nesse projeto que foi encaminhado há dois órgãos dedicados à aplicação da legislação antitruste no Brasil: o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Claro que eu entendo que esse não é o projeto ideal que o governo poderia elaborar se fosse fechado numa redoma com sábios pensantes tentando imaginar aquilo que seria ideal para o Sistema de Defesa da Concorrência. Muito provavelmente o projeto não sairia da maneira como saiu. Francamente acredito nisso. Portanto, há incorreções que ocorrem em função do próprio processo político que existe dentro do Poder Executivo, pois o longo prazo de maturação desse projeto dentro do Poder Executivo mostra que esse processo de negociação foi bastante delicado, intrincado. Eu já trabalhei no governo, fui consultor jurídico do Ministério da Ciência e Tecnologia com 28 anos de idade, na época da Lei de Informática, então eu entendo muito bem o que são tensões dentro do governo, pois participei da regulamentação da Lei de Software, de várias reuniões na Casa Civil, tive que ir ao Congresso justificar decisões tomadas pela Secretaria Especial de Informática, e aprendi, aliás, naquela ocasião, o que é a boa intenção do Estado e o mal que eventualmente pode causar – a história da Lei de Informática de certa maneira ilustra isso. Acho que inclusive a minha paixão por livre concorrência tenha vindo exatamente dessa circunstância. Mas, enfim, por que dois órgãos? Por que não se concentrar num só? E isso me preocupa de maneira particular porque nós sabemos que a Secretaria de Acompanhamento Econômico tem um corpo técnico muito bem qualificado, muito bem treinado, com bastante informação sobre os mercados brasileiros.

Agora que se fala justamente em controle prévio de atos de concentração, deixar a SEAE de lado, inclusive os técnicos da SEAE, e não trazê-los para dentro do Cade, que vai efetivamente examinar esses atos em controle prévio, não me parece ser uma decisão eficiente.

Acho que pode haver realmente uma perda de eficiência colocando-se esses técnicos da SEAE num órgão que é adjacente e cujo papel inclusive eu questiono.

Parecem muito redundantes, quando as examinamos, as atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico e as da Superintendência-geral. É possivelmente compatível que todas essas atribuições estivessem com a Superintendência-geral. Eu não vejo razão para dispersar essas competências em dois órgãos distintos, com funcionários distintos, inclusive dividindo o orçamento, que nós sabemos que é curto. Eu vejo que a remuneração proveniente do pagamento das taxas de atos de concentração, ou melhor, um terço dessas taxas vai para um órgão cujo papel é bastante duvidoso no Sistema que se propõe. Eu não compreendo realmente a razão disso, a não ser em função de um intrincado processo de negociação política que ocorre dentro do Executivo, que é assim mesmo, em qualquer lugar do mundo – no Brasil não é diferente –, mas que tem que ser corrigido agora, numa discussão no Congresso Nacional.

Eu acho que a iniciativa privada, longe dessas pressões internas do governo, tem um papel preponderante no levantamento desses pontos e deve, de maneira muito franca, em contato com os deputados e senadores, tentar fazer essas modificações. Então, o problema de falta de técnicos me parece crucial justamente no momento também em que se fala do controle prévio.

Quanto ao controle prévio propriamente dito, eu vejo alguns problemas inclusive no processo administrativo que foi imaginado para a existência desse controle prévio. Eu contei 17 prazos nesse controle prévio, sendo que estes variam entre 5 e 40 dias, ou seja, há um matiz variado de prazos, sendo que cada um desses prazos é terminativo no sentido de que, se não for observado, o ato de concentração será aprovado.

Eu não gostaria de ser um técnico do governo examinando um ato de concentração, Dr. Daniel, pois eu ficaria muito preocupado, inclusive porque a lei diz claramente que haverá, no caso de um prazo desses escapar da atenção do funcionário que o esteja examinando, uma consequência civil, administrativa e criminal.

Qual é o funcionário que tenha o mínimo de bom senso que não vai pedir informações para se preservar? O sentido de preservação é absolutamente humano, é uma atitude natural. É evidente que vai haver pedido de informação adicional, inclusive porque, da maneira como o processo foi imaginado, há um período de dilação probatória dentro do ato de concentração, se ele não for aprovado logo na fase inicial, que não tem um prazo determinado para que se extinga, para que se complete.

Então, evidentemente, durante esse período, a quantidade de informações adicionais que pode ser pedida para a preservação do próprio funcionário que está com aquela batata quente na mão, será inevitável.

Nós temos uma razoável experiência em lidar com a Administração Pública e sabemos que será absolutamente razoável que aconteça e absolutamente irrazoável sob o ponto de vista do interesse privado, que está exatamente submetido a esse tipo de racionalidade. Então, como corrigir esse tipo de problema? Outra coisa: se o meu cliente perguntar: “Há um *journal* da Lei antitruste no Brasil? Há controle prévio? Ótimo, é o *standard* internacional. Mas eu gostaria de saber em quanto tempo, ou seja, o prazo máximo (*worst case scenario*) em que esse ato deve ser aprovado”. E eu tenho que dizer para o meu cliente: “I’m sorry, I don’t know”. É impossível saber. Se nós examinarmos o procedimento – eu até queria ter feito uma transparência mostrando o fluxograma, e não consegui de tão complexa que é a tramitação desse processo –, veremos que é impossível, por mais que nós contermos esses 13 prazos que eu imaginei, pois há intervalos sem prazo definido, saber exatamente qual é o prazo máximo para uma decisão ser tomada. E, ainda por cima, há hipóteses de suspensão desse prazo, que a meu ver devem ser bem pensáveis. Por exemplo: recesso do Cade. O recesso do Cade suspende o prazo da aprovação prévia. Eu orientaria o meu cliente: “Não feche o negócio no final do ano, porque o Cade vai entrar em recesso e o seu negócio vai ficar parado numa prateleira. Não faça isso”.

Outro exemplo: o Ministério Público Federal resolve dar um parecer e pede vista dos autos: mais 20 dias. Ou a Procuradoria do Cade – cuja função aliás (da Procuradoria e do Ministério Público) é muito similar no que se refere ao ato de concentração, ao controle de legalidade – e eu imagino, então, que há uma redundância evidente – também pode querer examinar: mais 20 dias.

E a SEAE, não satisfeita com esses pedidos de vista, também resolve pedir vista, portanto mais um prazo adicional de 20 dias se vai. Então, realmente é muito difícil determinar qual é o prazo máximo de análise de um ato

de concentração. Se estamos falando em controle prévio, as conseqüências disso, sob o ponto de vista do custo privado que acarreta, são enormes, e se o meu cliente perguntar “Posso fechar a operação que eu estou fazendo na Europa, nos Estados Unidos, mesmo que o processo no Brasil não tenha terminado?”, vou ter que dizer: “O senhor tem que ter muito cuidado, meu cliente, porque se se trata de uma mera fusão de empresas e as controladoras estão lá fora, terá um efeito imediato no Brasil”. Não adianta apenas dizer que a transferência de ações no Brasil vai ocorrer depois, porque o efeito econômico da fusão lá fora terá um impacto imediato no Brasil. E o Cade poderá dizer que essa operação lá fora não poderá ser fechada. Isso significa que todos terão que ficar de braços cruzados no mundo inteiro esperando que o recesso do Cade acabe, que todos esses pedidos de informações adicionais se completem, para que então a operação mundial possa ser fechada. Isso parece ser algo extremamente grave, custoso e que eu poderá criar um grande incômodo para o Brasil. Teremos que nos explicar muito nos foros internacionais sobre isso. É melhor evitar isso com um esforço conjunto de modificação da lei, do projeto, no Congresso Nacional.

Passarei agora ao processo administrativo, porque o tempo é curto.

Eu teria mais comentários a fazer sobre o controle prévio. Aliás, há uma coisa sobre o controle prévio que eu não posso me omitir de dizer.

Por exemplo: digamos que o Superintendente aprove o ato de concentração no exame simplificado. Num prazo de 20 dias um terceiro interessado poderá recorrer da decisão do superintendente que aprovou aquela operação. Mas como, se foi aprovada aquela operação? Pois se a empresa fecha aquele negócio, é um ato jurídico perfeito e acabado. Com é possível, 20 dias depois, poder haver um recurso de um terceiro interessado ou do Ministério Público ou da Secretaria de Acompanhamento Econômico ou até de uma agência regulatória? Pois é isso que diz o projeto. Então, aquela operação que já foi aprovada 20 dias atrás será agora submetida ao Cade? Mas como é isso? Obviamente eu teria que orientar o meu cliente: “Se o superintendente aprovou no controle prévio no prazo simplificado, corra para fechar logo o máximo que você puder, antes desses 20 dias, porque senão alguém, inclusive um concorrente que se considere prejudicado, poderá apresentar um recurso e será um grande problema para o seu negócio, e os custos que isso poderá acarretar serão enormes”.

Sem falar na possibilidade de o Cade, naquelas operações que não necessitam ser apresentadas, porque de acordo com os critérios, o Cade, um ano depois de essa operação ter sido fechada, poderá, por alguma razão,

solicitar que aquela operação agora sim seja apresentada. Mas o que ocorreu com aquele negócio que foi fechado um ano atrás e o qual a empresa não tinha nenhuma obrigação legal de submeter à aprovação do Cade? Não se trata de um negócio jurídico completo, de um ato jurídico perfeito? Como pode a autoridade um ano depois solicitar isso? E a insegurança jurídica que decorre de um negócio como esse? Como é que fica isso? Como é que se vai lidar com essa insegurança jurídica?

Estes são apenas alguns excertos para esquentar um pouco o debate a respeito de um tema tão complexo. Mas aqui já se tem uma idéia da repercussão gravíssima que se terá com a aprovação do projeto tal como se encontra, e que, portanto, não pode ser aprovado dessa maneira.

Mas vamos ao processo administrativo, sobre o qual eu fiz também algumas observações. Por exemplo: “trata-se de criar o procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica”. É preciso tomar um pouco de fôlego para dizer esse nome todo.

Esse é o atual procedimento que foi criado pela Lei 10.149. Ou seja, há o procedimento preparatório e, pelo que eu vejo, no Projeto de Lei, se uma comissão do Congresso Nacional, se a agência regulatória apresentar uma representação, se o Ministério Público ou a Procuradoria apresentar uma representação, essa fase preparatória é simplesmente dispensada.

Ora, se é dispensável porque uma comissão do Congresso Nacional solicitou, então é dispensada de qualquer maneira. Então, não é necessário um procedimento preparatório com essa finalidade. Acho, portanto, que devíamos pensar sobre essa primeira hipótese de processo administrativo se seria realmente necessária.

Já eram criticados na lei anterior os casos em que se trata de iniciativa feita por comissão do Congresso Nacional. Em vez de se eliminar isso, ampliou-se. Então, realmente, não consigo compreender, sob o ponto de vista de eficiência e de técnica processual, a existência desse procedimento preparatório.

Quanto ao sigilo no interesse das investigações, na redação original da Lei 8.884, com muita sapiência, a meu ver, nas averiguações preliminares havia o sigilo. E esse sigilo protegia a empresa investigada. Por que razão? Pela simples razão de que a notícia que sai no jornal de que a Secretaria de Direito Econômico resolveu investigar uma determinada empresa, isso por si só pode repercutir nas ações das empresas, ou seja, a possibilidade de haver uma multa, de aplicar o dano à imagem da empresas. Então havia, com boa

consideração, na lei atual original a previsão do sigilo, o que foi eliminado, a meu ver, de maneira equivocada. E agora o projeto, tal como estabelecido, diz que o sigilo se dá no interesse da investigação e em nenhuma hipótese do investigado. Mas como pode ser isso? E o dano que eventualmente causaria uma notícia de que uma investigação foi aberta para logo depois ser encerrada? O destaque que se dá à abertura da investigação sempre será muito maior do que a notícia do encerramento daquela investigação. Então, eu advogo a volta ao regime anterior de sigilo nas averiguações preliminares, que agora seria o inquérito preparatório.

Quanto à especificação de provas, em 15 dias, a partir da notificação, a empresa já tem que apresentar sua defesa, inclusive especificando as provas, até mesmo com a qualificação completa de até três testemunhas. Mas como, em 15 dias, sem eu saber que provas serão produzidas contra mim, contra o meu cliente, eu vou ter condições de já declinar quais são as três testemunhas que irei usar, com a qualificação completa delas. E mais: Por que três testemunhas? Por que eu não posso produzir mais provas testemunhais, de acordo com as circunstâncias do processo? Então, se um cliente meu é acusado de prática de contrato de exclusividade, eu tenho que apresentar três testemunhas já? Eu não sei direito o que é que vai ser produzido de evidências de um impacto dessa prática de exclusividade no mercado, para já determinar qual é a qualificação das três testemunhas que eu vou utilizar.

Outra coisa que me chamou a atenção: a questão do amplo acesso aos autos. De fato, a lei diz, no art. 67, § 4.º: “As partes têm amplo acesso aos autos do processo”. Mas aí completa: “no tribunal”. Por que “no tribunal”? Significa dizer que na superintendência-geral não há amplo acesso aos autos? Porque logo no intróito da lei se diz que o Cade é composto pela Superintendência-geral, pelo tribunal... Então, quando se diz aqui que há amplo acesso aos autos no tribunal, eu estou entendendo que não há amplo acesso aos autos em qualquer outra repartição que não seja o tribunal, o que exclui portanto a Superintendência-geral. Eu acho isso de uma gravidade, para não dizer inconstitucionalidade, flagrante. Isso não pode ocorrer, em absoluto isso pode existir.

Quanto à questão das provas, então, suponhamos que eu requeira a produção de provas. Muito bem. Diz o projeto que essas provas podem ser indeferidas. Está bem, é claro. A autoridade não precisa produzir todas as provas. Pode achar até não razoável, mas eu tenho que ter o direito de recorrer contra a decisão do secretário que entende que não deve produzir aquelas provas. Mas em nenhum momento o projeto diz que a decisão do

Superintendente de negar a produção daquela prova deva ser fundamentada, o que dá a entender que se trata de um mero juízo de conveniência e oportunidade da autoridade deferir ou indeferir a prova, que dependerá do interesse em correr mais ou menos com o processo. Não se atribui aqui o direito inalienável da parte de produzir e requerer de maneira ampla o máximo possível de provas que possam interessar à sua linha de sustentação de defesa. Não pode ser uma mera conveniência do Superintendente negar que essas provas sejam produzidas com um mínimo de fundamentação. E mais: sem o direito que eu devo ter de recorrer contra essa decisão, que deve ser necessariamente fundamentada.

O mesmo ocorre no caso das diligências complementares, pois não há realmente uma menção clara aqui sobre se a rejeição das diligências solicitadas deva ser feita de maneira fundamentada. De novo, no projeto, não há menção à necessidade de fundamentação.

Outra coisa que me parece um retrocesso, se eu entendi corretamente, é que – a lei atual estabelece que quando se instaura um processo administrativo é preciso investigar quais os fatos que vão ser investigados, e toda investigação tem que estar circunscrita àqueles fatos – já vejo até algumas tendências de se investigar o que não está nos fatos, hoje em dia.

No projeto, tal como está, eu não vi isso. Talvez eu precise fazer uma outra leitura, mas não há uma identificação clara de que a investigação está vinculada aos fatos que foram estabelecidos no despacho de instauração. Isso me parece um retrocesso, me parece uma falta de garantia às partes que estão sendo investigadas. É preciso haver uma delimitação. É preciso saber muito claramente, de maneira precisa do que se está sendo acusado, para poder articular uma defesa minimamente séria.

Enfim, o meu tempo, como o Dr. Sergio informa, já está esgotado. Como os prazos são terminativos, eu vou ficar por aqui. Obviamente, muitas outras coisas eu poderia ainda dizer, mas o fato é que é necessário que se estabeleça, como eu procurei aqui demonstrar, um debate amplo e profundo sobre o projeto e as conseqüências que ele trará. E nesse sentido o Ibrac tem um papel que eu considero fundamental.

E a iniciativa privada tem que estar muito atenta. Já conversei com o Dr. Sergio a respeito da necessidade de organizarmos *workshops*, não um mas vários, uma série deles, para que se amadureçam posições para que sejam levadas rapidamente para o Congresso Nacional, antes que alguns Senadores lancem mão. Muito obrigado.

■ **Pedro Dutra**

Boa tarde a todos. Diz a Exposição de Motivos do Projeto: “O projeto de lei visa permitir que o sistema possa funcionar com eficiência na proteção dos interesses dos consumidores”.

Vamos começar, em homenagem a nossos amigos economistas, a quantificar numericamente essa eficiência projetada e prometida.

A lei atual – sempre estabelecendo a comparação – tem 9.779 palavras. O Projeto 9.308 teve um aumento de 43% de verbosidade.

Em número de artigos, o aumento é só de 38%: de 93 para 129.

Quanto aos órgãos ou agentes envolvidos – porque há uma prometida redução de órgãos, que na verdade eu chamaria não de uma redução de guichê, mas de uma concentração de endereços –, o aumento é menor, é de 20%: de 5 para 6.

Em termos de figuras processuais, tão bem expostas pelo Dr. Tullio recentemente, pelo qual aliás ficamos sabendo que foi criada a figura do inquérito do inquérito, a elevação é um pouco maior, de 66%: de 3 para 5.

Quanto às vias de notificação, que era, e é ainda, uma das reclamações que se mantém aos advogados e à empresa, houve um crescimento mais modesto de 33%: de 3 para 4.

Em termos de recursos fixados em Lei, hoje há um, e passarão a três: um aumento de 200%.

E o aumento mais expressivo e mais impressionante é do número de pareceres que o processo pode receber: hoje podem ser 3 ou 4 pareceres e no processo projetado 11: 175%.

É claro que há uma resposta embutida: são todos facultativos (“pode requerer”, “pode requerer”. “pode requisitar”). Mas se todo mundo puder o que pode, teremos um processo com 11 pareceres de órgãos envolvidos, sem contar aqueles que a Defesa junta para instruir a defesa. Então, quantitativamente, nós verificamos que a eficiência é um tanto peculiar.

Além disso, nas sustentações orais, há um aumento de 100%: de 2 para 4. Os senhores imaginem uma sessão na qual haja 4 sustentações orais: dos 15 minutos ou dos 30 atuais, ou dos 15 divididos por 2, vamos passar para 1 hora, porque eu não acredito que se vá dividir 15 minutos por 4, e dar 4min20 a cada titular do direito de sustentar.

Com relação à motivação e finalidade do projeto, vamos ver o que diz a Exposição de motivos. Com uma candura muito gentil, é dito que se trata de uma alteração da lei vigente. Curiosa alteração! Restam 3 artigos desta alteração.

Na verdade, revoga-se a lei em vigor por uma outra. Eu não sei por que não se escreveu “revogação”. Diz-se que o projeto de lei, a discussão interna no governo e interna continuam até a clausura da discussão, que começou com o Decreto de 11 de agosto de 2000.

Acho que há uma grande injustiça com o ex-titular da SDE, o Dr. Aurélio Wander Bastos, porque foi ele o primeiro que invocou a necessidade de reduzir os poderes do Cade, concentrando poderes na SDE, que afinal de contas é a parte nodal, nuclear, desse projeto.

O projeto trata de uma transferência de poder do Cade para a figura do diretor-geral. Há uma concentração monocrática de poder, como veremos ao longo desta exposição, e como começamos já a ver na exposição do Belliboni e do Tullio especialmente, em que ele inclusive mostra que o superintendente-geral está até desobrigado de ter prazo para concluir a instrução.

Então, o Aurélio Wander foi o primeiro a fazer isso. Um pouco radical – ele não era tão refinado –, ele dizia que a SDE podia ela mesma dizer quando enviaria ao Cade. Evidentemente era um pouco rombuda essa proposição, e depois foi refinada. Mas vamos ver que, na prática, é mais ou menos isso o que acontece, porque esta advocatória que está lá... – aliás eu não nasci na ditadura, eu não sou filho da ditadura, nasci antes da ditadura, já na vigência da lei que não pegou, de 1950, mas eu me formei na ditadura; então, eu tenho uma compulsão pavloviana pela redução de direitos, tenho um faro, que a minha geração tem (pouquíssimos aqui são da minha geração, inclusive um excelente professor de francês que está aqui, mas eu não vou dizer o nome dele, porque ele ficou mais moço do que eu), mas eu tenho um faro para isso, e percebo logo esses cheiros de concentração monocrática que me incomodam muito. E o Aurélio era um pouco rombudinho nessas coisas e tal. Mas ele teve a idéia, e é justo que se lhe dê o crédito e tal.

Quanto à questão – aqui está dito na Exposição dos Motivos: “grupo de trabalho realizou exaustivos estudos sobre o sistema”. Onde está o estudo? Por que a sociedade não mereceu conhecer esse estudo? O que ela fez para que esse estudo não fosse divulgado? Por que não teve o direito de ver os números, as estatísticas que sustentam as conclusões a que aqui chegaram, como, por exemplo, a de que a notificação prévia vai gerar eficiência?

O ex-Conselheiro Gesner, presidente do Cade, num estudo, acredita que aumentará o número de notificações, e não diminuir, mas não há estatísticas sobre isso, não há estatísticas claras e divulgadas.

E aqui vou fazer uma introdução, uma abertura, uma interpolação, para explicar como foi na União Européia, porque nós vimos que existem informações dadas ao público em geral de que esse projeto segue a melhor prática internacional.

Eu queria só lembrar que uma prática internacional aqui não foi seguida. Por exemplo: o Regulamento 4.089, se não me engano, que disciplinava a análise dos controles de concentração na União Européia, de 1989, dez anos depois, exatamente, a União Européia resolveu reformá-lo. O que fizeram as autoridades de defesa da concorrência? Publicaram o *green paper*. O que é o *green paper*? É um documento com os pontos que a autoridade sugeria fossem tratados numa nova norma.

Em 2000 decidiu-se reformar a lei, em 2001 é publicado o *green paper*. Depois de 4 meses, são recebidos 114 comentários da consulta pública efetuada: de escritórios de advocacia, de Estados-membros, de vários órgãos de defesa da concorrência. E, depois de 2 anos de análise das sugestões recebidas em razão da consulta pública, é preparado um projeto de reforma da norma, que é novamente submetido à Comunidade Européia, ao público, aos cidadãos da Comunidade e, depois de recebidas sugestões, é aprovado.

O que houve que os brasileiros não mereceram esse exemplo internacional? Nós vimos, é verdade, que várias exposições eu diria monólogos, embora sempre muito bem feitas, foram realizadas sobre o projeto de lei. Alguns debates a favor também tiveram lugar. Mas por que não a consulta pública? O que fizeram os cidadãos, os advogados, os economistas, os professores, para não merecerem a consulta pública? Por que a obstinada resistência da autoridade em submeter o projeto a consulta pública? Mas isso já passou. Era apenas um dos pontos da Exposição de Motivos ao qual eu queria fazer referência.

A Exposição de Motivos também diz que a lei tem que ser alterada, como nós vimos, porque as principais deficiências dela são: reduzida eficiência administrativa. Ora, eficiência administrativa todos nós sabemos não se resolve com uma nova lei. Resolve-se com recursos humanos, com recursos materiais e reformas pontuais de lei. Não existe esse imagismo-normatismo de que uma nova lei vai dar eficiência a algo que não tem dinheiro para ser eficiente. Não há lei que faça um funcionário ser bem pago, a menos que o

dinheiro chegue à conta bancária dele. Então, é preciso fazer, como o Belliboni disse: antes se resolve a questão material e sobretudo de recursos humanos, e depois se muda a lei.

Sobre os três órgãos, aqui diz: “elevado custo de aplicar a lei decorrente da existência de três órgãos distintos para o administrado”. A minha pergunta é a seguinte: eles desapareceram, ou mudaram de endereço?

Hoje nós temos a SEAE, a SDE e o Cade. Desapareceu algum desses órgãos? Só a SDE trocou de nome. E agora está no mesmo endereço do Cade. E foi até criado mais um, que é um órgão que não é órgão, que é o tribunal. Então de três passamos a quatro. E se analisarmos um pouco melhor, vamos ver que foram criados cargos ou órgãos adicionais. Nós temos o Secretário-geral ou Superintendente-geral, com mais dois diretores adjuntos. Além disso, há um departamento de economia, com um economista-chefe. Então, há mais três cargos e, como já disse o Belliboni, o economista-chefe será o inimigo n. 1 da SEAE, porque eles irão se desentender. Vamos ter gloriosos desentendimentos entre economistas e não mais o monopólio dos advogados de se desentenderem. E não vejo como isso possa ser uma das simplificações que o projeto promete.

Depois se diz na Exposição de Motivos: “carências de recursos materiais e humanos”. Infelizmente o projeto não pode resolver isso, mas a questão não é essa. A questão é que isso deveria ter sido discutido antes do projeto ser enviado. Se não há solução para isso, não vai ser a mágica da norma que irá mudar isso.

Depois se diz aqui: “ênfase excessiva conferida aos atos de concentração”. Aliás, esta é uma contradição do projeto, porque ele diz que vai se dedicar mais à conduta, depois lá o tribunal tem que dar preferência a atos de concentração.

Além disso, o que determina essa ênfase são duas coisas: 1.º) o mercado, que gera os atos de concentração e, portanto, a demanda ao sistema; e 2.º) a velocidade que o órgão de defesa da concorrência tem de reprimir condutas. Se ele é eficiente porque tem recursos humanos e materiais, vai – e no Brasil não faltam condutas abusivas para serem reprimidas – haver um grande número de processos administrativos.

Então, isso de dizer que há uma ênfase excessiva não procede. Não há ênfase excessiva. Trata-se de uma relação entre o que o mercado determina e a capacidade de resposta dos órgãos, que sabemos que é muito baixa em

termos de processo administrativo, dada a complexidade que um processo de repressão sempre exhibe.

E vem a questão que o Belliboni tratou, ou seja, na Exposição de Motivos está dito que o controle de concentração *a posteriori* seria uma das formas de reduzir a eficiência. Alguém acredita que, como proposta aqui, a notificação prévia vai aumentar a eficiência? Eu não vejo como isso vai ser feito. E queria lembrar o seguinte: o Carlos Magalhães participou da redação da Lei 8.884. É lei exemplar na questão de notificação, porque existe atualmente o controle prévio. Alguém lembra disso? E por que ele não é usado? Porque o mercado não acredita no controle prévio. E não acredita porque não há dinheiro para fazer o controle prévio. Por isso que sabiamente se colocou a notificação *a posteriori*, porque senão ia-se travar todo o sistema, como vai travar, como o Belliboni mostrou.

Então, o mercado percebeu isso. E estão aí as duas formas. Dizer, portanto, que se vai criar o controle prévio é uma imprecisão, é uma inverdade, porque o controle prévio já existe. Eu nunca fiz uma notificação prévia, e pouquíssimos terão feito, porque o mercado percebeu que ela é um entrave não por vontade ou por deficiência da vontade do poder público, ou por deficiência da norma, mas sim porque não há dinheiro para isso.

E, de mais a mais, hoje depois da exposição do Belliboni eu percebi, e creio que vocês também, que não há essa necessidade, porque o sistema vem melhorando, inclusive com a colaboração da SEAE e da SDE, e os casos mais simples estão caminhando com alguma celeridade.

Por fim, aqui se diz: “o controle de concentração... os critérios de notificação excessivamente amplos”. Eu não vejo essa amplitude, eu não vejo nenhum entrave do sistema hoje por conta desses controles amplos.

E volto ao estudo que o Gesner fez, que eu gostaria até que ele apresentasse, que diz que esse tipo de índice de jurisdição que está no projeto talvez aumente o número de notificações, em vez de reduzi-lo.

E a dedicação do órgão judicante a todos os casos que dão entrada no sistema? Eu vou voltar a esse tema, pois é o ponto central, filosófico, do projeto.

O que está dito aqui é o seguinte: que esse negócio do Cade julgar tudo atrapalha. O bom é termos um poder monocrático que julgue aqueles casos que entender por bem aprovar, os aprove e estará tudo resolvido.

Antes de voltar a esse ponto, eu quero dizer o seguinte, e propor a vocês uma simples observação. Olhem as sessões do Cade e olhem as sessões dos demais órgãos reguladores. A que se deve boa parte ou a maior parte do

respeito que o Cade conseguiu na sociedade brasileira? As portas das sessões estão abertas a todos, sem exceção. Então, não há mistério. O que é que o projeto prevê? O projeto prevê a decisão monocrática. E prevê a decisão monocrática prevendo sessão reservada do Cade, que foi e é uma das razões por que a Anatel hoje virou um problema na ação regulatória. Porque ela tem sessões reservadas. Não se sabe o que se debate.

Como o Cade vai ter, então, sessão reservada? Já sei, na averiguação preliminar. Concordo. Mas não está dito no projeto que é só para averiguação preliminar. Se não está dito, poderá ser baixado um regulamento dizendo que o Cade decidirá, como apontou o Tullio, igualmente os casos de sigilo. A autoridade monocraticamente decidirá: quero sigilo aqui, reserva ali, e assim nós vamos aumentando a transparência do projeto...

Isto é algo, portanto, que deve ser muito bem pensado. Pela exigüidade do tempo, vou fazer uma referência a essa questão do poder da concentração monocrática, porque todo o projeto gira em torno do Secretário-geral: todos têm prazo, menos ele, para concluir a investigação a seu cargo. O orçamento, as questões orçamentárias ele as elabora e o Cade faz as dele. Então, ele não é um órgão na estrutura do Cade. Há um deslocamento de poder visível, e o maior exemplo é essa concentração do poder monocrático, que nunca houve na história do Cade e que é a mesma que o Aurélio Wander defendia.

Eu sei que está lá a advocatória. Ora, advocatória, eu me lembro da ditadura, em que o STF “avocava” processos. Esta advocatória não resiste a uma leitura. Um processo pode demorar dois anos, e é razoável até que demore, pela sua complexidade, sendo analisado. O desavisado do Conselheiro que quiser avocar o processo terá que submeter em decisão fundamentada – o Tullio diz que essa expressão não existe para o Secretário-geral – as razões por que entende que deva avocar. E o tribunal tem que aprovar em quanto tempo? Em vinte dias. Ora, um processo que dure dois anos, quantos volumes tem? No mínimo 10. Quem vai ler 20, 10 volumes e decidir isso em 20 dias? Então, não há advocatória. Não há *checking balance* nenhum nesse projeto, porque é simplesmente ineficaz.

Eu queria concluir fazendo algumas observações muito rápidas, genéricas, porque as pontuais foram muito bem feitas e serão agora eventualmente feitas pelos senhores.

A Exposição de Motivos, como vimos, tem um difícil comércio com a realidade. Eu não sei por que a Exposição de Motivos foi feita dessa forma. Não houve estudos preparatórios, como nós vimos, o que é uma pena.

Essa notificação prévia e essa condensação ou composição de endereços não é baseada na União Européia. A Lei 4.137 já tinha isso. Está-se voltando á Lei 4.137, pela qual o Cade era o órgão que analisava e decidia, aqui com uma vantagem: de efetivamente o Secretário-geral ser indicado pelo Presidente da República com mandato, com a desvantagem de ser dois anos. Por que dois anos? Alguém tem dúvida? Porque, se o comissário não estiver cumprindo as ordens, ele será trocado em dois anos, dentro do mandato presidencial. Evidentemente que isso são injunções de governo.

Outro ponto é a má técnica legislativa. Isso é que é impressionante no projeto. O projeto fala em “operação”. Operação não é conceito jurídico. O projeto diz “facultada a requisição de pareceres”. Não se pode deixar “facultada a requisição de pareceres”, pois como o Tullio disse, não se saberá então como orientar um cliente. “Pode” como? Pode-se pedir 11 pareceres? Então, isso é algo que chama a atenção.

Qual é a conclusão disso tudo?

A meu ver, são duas fundamentais: uma de ordem particular, que é que haverá a redução da ampla defesa, que é evidente, e, como consequência, pois sempre andam juntos, esta má técnica legislativa vai tornar o entendimento, a inteligência desse projeto, se aprovado, difícilíssima; e outra de ordem geral, a possibilidade de partidização dos órgãos de defesa da concorrência, que hoje deve ser a maior preocupação de todos aqueles que trabalham junto ao governo.

Por fim, eu não vi aqui no projeto, lamentavelmente – e gostaria de repreender a presidente do Cade, pois ela vem aqui descumprindo a lei, aliás a lei atual e a lei futura, porque ela está prestando contas – referência a prestação de contas.

O projeto, que deveria ter obrigado todos os órgãos a prestar contas, dispensou o uso de prestação de contas. Não se é obrigado a fazer relatório. Não há *accountability* para os órgãos de defesa da concorrência. Eles não prestam contas, não são obrigados a isso. Se for alguém bacana, presta; se não for, não presta.

E, finalmente, qual é o remédio? O remédio é que se deve trabalhar muito para que haja um substitutivo. A parte boa do projeto é a tentativa – eu entendo que canhestra, mas legítima – de incorporar a SDE ao Cade, o que seria uma evolução. Então, vamos trabalhar – esta é a minha sugestão –, e como sempre eu tenho que sempre fazer este reparo, feitas as minhas sugestões assim como as críticas exclusivamente em nome individual, pelo que isso possa valer. Muito obrigado.

■ Daniel Goldberg

Senhores, muito boa tarde. Já estamos aqui na tarde, mas eu agradeço mais uma vez o gentil convite do Ibrac para participar dessas discussões sempre tão proveitosas.

Eu não saberia falar no Ibrac se não colocassem o Pedro Dutra antes de mim. Eu já não sei mais como é. Deve ser meu terceiro ano no Ibrac e pelo terceiro ano consecutivo nos escalam a mim e ao Pedro para debatermos, para o entretenimento da Plenária.

Eu havia preparado uma apresentação sobre o projeto de lei, mas acho que não vou furtá-los deste entretenimento pré-almoço, e, portanto, para não decepcioná-los a todos, vou tentar debater as observações – não os interlocutores mas sim os argumentos – que foram feitas até o momento com um enorme prazer, diga-se de passagem.

Antes disso, gostaria de pedir um minuto de vocês para fazer o que me parece ser um anúncio triste, do meu ponto de vista, do ponto de vista da SDE. Como vocês sabem, a Dra. Barbara Rosenberg está nos deixando em dezembro e eu gostaria, em nome da equipe da SDE, agradecer o extraordinário trabalho que a Dra. Barbara fez durante esses três anos.

A Dra. Barbara foi participante integral de virtualmente todos os eventuais méritos que a SDE teve até o momento e ausente constante de todos os defeitos. Ela participou do planejamento das atividades da SDE, da implementação do planejamento estratégico da SDE, das discussões políticas mais importantes da SDE relativas à defesa da concorrência e alheias à defesa da concorrência. A Dra. Barbara foi parte absolutamente essencial de nossa equipe do governo e para azar nosso e sorte de vocês do mercado, ela nos deixa agora em dezembro...

Pedro Dutra: Não apoiado quanto a azar nosso.

Daniel Goldberg: Para azar nosso e sorte de vocês do mercado, repito, a Dra. Barbara nos deixa em dezembro. Deixará muitas saudades, mas tenho certeza que contribuirá do outro lado do balcão. A equipe lhe agradece imensamente.

Com relação ao Projeto de lei e à reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em primeiro lugar, como sempre, algumas questões

extremamente pertinentes foram levantadas e eu acho que merecem alguma reflexão, ou pelo menos uma reflexão mais pausada.

Eu tinha preparado duas apresentações, mas vou deixar essas apresentações de lado por um momento, e fazer referência a apenas uma ou outra transparência que eu acho seja necessária para resgatar algumas questões substantivas, não sem antes fazer registro do fato de que a advocacia ganhou um grande integrante, que é o Pedro, um extraordinário jurista, mas a crítica literária perdeu alguém que talvez não fosse tão brilhante quanto é na advocacia.

A análise de textos legais ou não-legais usualmente não se faz pela contagem de palavras. Se o Pedro tivesse feito a crítica do Tolstoi, coitado, ele não teria vendido nenhuma cópia. Não me parece que a forma mais adequada de avaliar a eficiência ou qualidade de qualquer texto, legal ou não, seja contando o número de palavras. Podemos contar o número de espaços também. Podemos contar o número de palavras mais espaços, podemos contar o número de páginas... Não me parece, portanto, que esse seja um critério adequado para avaliar a qualidade de qualquer projeto de lei.

Um projeto de lei tem que ver com regras, princípios e, do ponto de vista de um sistema da concorrência, sobretudo com os incentivos que cria e como os agentes econômicos reagem a esses incentivos.

Então, vamos falar um pouquinho das regras, dos princípios e dos incentivos que esse projeto de lei cria e, em pertinência, no contexto e em resposta, algumas das observações que foram levantadas até o momento.

Eu tentei separar, nas três apresentações que me precederam, os principais pontos e vou tentar atacar e discutir cada uma dessas observações.

Antes de fazer isso, ou seja, de desdobrar e esmiuçar cada um desses comentários de novo, eu gostaria de lembrar que estou aqui no terceiro ano de governo, indo para o último, 2006, e eu me lembro, quando tomei posse, que o Ibrac me procurou e me disse o seguinte: “Secretário, qualquer que seja o seu discurso de posse, o mercado espera que o senhor mencione reforma” – eu posso citar as pessoas que me procuraram, as pessoas sabem quem são. Todas elas me disseram isso.

“Será uma decepção se o senhor não mencionar reforma, porque afinal de contas o único consenso entre esses advogados que discordam tanto, entre esses economistas que debatem tanto, entre essas pessoas que argumentam tanto, ou das empresas que sofrem tanto com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é que ele precisa de uma reforma radical.”

“Muita gente discorda sobre muita coisa”, me disseram em 2003, “mas todo mundo concorda com análise prévia, com a unificação de guichês e com a reforma do filtro”.

Descobriram ao longo do tempo que esse “todo mundo” era bastante relativo, e que nem tanto ao céu nem tanto à terra: muitas pessoas têm opiniões diferentes, e para um projeto dessa sofisticação, cada um dos advogados, com a sua experiência, vivência, visão e percepção, terá certamente uma visão distinta sobre qual é o projeto ideal.

Este não é o meu projeto ideal, não é o projeto ideal da Elizabeth, não é o projeto ideal dos Conselheiros do Cade, nem dos que estão aqui nem dos que já estiveram, que participaram dessas discussões. Não é o projeto ideal de cada advogado individualmente, mas, com todas as suas imperfeições e limitações, me parece representar um significativo avanço qualitativo em relação ao que temos hoje. E neste contexto, por essa razão, gostaria de agradecer ao Ibrac por ter, contrariando precedentes anteriores e instâncias interiores onde esse tipo de debate ocorreu, enviado uma carta ao governo federal institucionalmente apoiando o projeto de lei, ressaltando uma série de questões técnicas que teriam que ser discutidas, uma série de pontos que estão em aberto, uma série de tópicos que são controversos, tanto do nosso ponto de vista quanto do ponto de vista dos advogados, mas enviando ao Presidente da República e aos Ministros da Casa Civil, da Fazenda e da Justiça uma carta institucional manifestando o seu apoio em relação à iniciativa de reformar o Projeto de Lei de Defesa da Concorrência.

Eu entendo o quanto isso custou do ponto de vista de debate interno. Sei quanto isso custou, e gostaria de agradecer a iniciativa do Ibrac, iniciativa esta que evidentemente não veio e não se produziu no vácuo, me parece.

E isto me leva ao primeiro ponto genérico que deve ser abordado nesta nossa conversa de hoje e que é um ponto de novo adjetivo, como muitas vezes acontece nessas discussões: muitos adjetivos e poucos substantivos, mas é um ponto adjetivo que acho importante e, portanto, merece uma resposta adequada: a *consulta pública*.

“Os pobres brasileiros não foram brindados com a consulta pública do projeto.” Qualquer crítica é válida, mesmo as justas ou as injustas. A crítica é sempre válida. Esta, contudo, me causa um certo divertimento, porque nos seis meses de discussão desse projeto, visitando CESA, OAB duas vezes, escritórios de advocacia individualmente, recebendo advogados, criando grupos de trabalho, o Ibrac uma série de vezes, circulando para comentar

os projetos de lei (no CNI, na FIESP e entidades de defesa do consumidor), recebendo comentários individuais dos advogados – eu poderia agradecer, mas eu tenho pouco tempo, aos advogados que se dispuseram de fato a discutir o projeto e a avançar as suas críticas ou as suas colaborações –, mas, é claro, como, nesse nosso mundo do nominalismo, tecnicamente não foi publicada no *Diário Oficial* uma consulta pública, simplesmente se circulou durante quatro meses esta minuta, e nas suas mais variadas versões, que se foram alterando como resultado da contribuição de vocês, como tecnicamente a Casa Civil da Presidência da República não editou no *Diário Oficial* a consulta pública, se diz: “Então este projeto não teve consulta pública”.

Curioso também é o fato de que na primeira discussão do Ibrac, muito tempo atrás, eu apareci com as transcrições dos debates que o Ibrac travou com os meus antecessores (Paulo de Tarso, Cláudio Considera, Grandino, Gesner e assim por diante) e compareci duas vezes às reuniões do Conselho do Ibrac com as transcrições embaixo do braço, para entender quais eram as críticas que o Ibrac tinha ao grupo de trabalho que publicou seus resultados na internet, no *site* do Ministério da Justiça, que é o mesmo grupo de trabalho que está há muito mais do que um ou dois anos para produzir o *green paper* discutindo o projeto de lei, mas que já passou por diversos Secretários de Direito Econômico, diversos Secretários de Acompanhamento Econômico, diversos conselheiros e pelo menos três Presidentes do Cade e que publicou – o Celso Campilongo está aqui – o resultado parcial do seu trabalho no *site* do Ministério da Justiça, estudo este que foi impresso e levado por mim na reunião do Conselho do Ibrac, debatido na reunião do Conselho do Ibrac, para entender quais eram as ressalvas e as reservas.

Então, do ponto de vista de discussão, antes de entrar no mérito dele, o projeto foi creio que insuficientemente debatido, como sempre é, mas debatido, extensivamente debatido, ainda que de forma parcial com relação ao trâmite que vem.

Mas não é só. Uma segunda coisa que muitos dos críticos ciosos do processo democrático de discussão constantemente enfatizam, que é questão do espaço para discussão e para abertura, recebeu ressalvas do ponto de vista de um encontro que eu tive com o Ibrac, que foi a nossa decisão de enviar o projeto de lei para poder tramitar no Congresso, fazer todas as consultas nas respectivas comissões, porque isso daria uma tramitação mais dilatada e uma oportunidade para que todos refletissem sobre isso, justamente para que tudo não acontecesse da noite para o dia. E, então, em pelo menos duas das reuniões do Ibrac, uma das críticas foi: “Secretário, é melhor fazer isso por medida provisória, porque o Congresso é uma...”.

Eu posso mencionar cada um dos encontros e as atas em que isso aconteceu, mas o último deles foi por exemplo na FGV, quando estivemos discutindo lá com advogados e muita gente manifestou sua preocupação, registrada em ata (o mesmo aconteceu em uma reunião do CESA e em uma reunião da OAB), com o devido trâmite processual. “Será que não era melhor evitar os percalços do Congresso?” Preso por ter cão e preso por não ter cão.

Então, por esse raciocínio, o bom é fazer a consulta pública com quem acha que o projeto não está bom e depois baixa-lo por medida provisória.

Acho que essa não é exatamente a tramitação adequada. Parece-me que a tramitação adequada, que o espírito que melhor compreende, observa e respeita a tramitação desses projetos, que têm realmente nuances, matizes complicados e inúmeras visões, acho que é o que nós fizemos: debater meses e meses, não do zero, mas a partir dos trabalhos e dos estudos de um grupo que vinha discutindo e decantando esse projeto muito antes de eu chegar ao governo, com todas as suas limitações e suas idas e vindas. E é por conta disso esse projeto está tão diferente do projeto que foi debatido pelo governo anterior, graças às contribuições do Ibrac, que eu discuti extensivamente. E em paralelo, na verdade, *a posteriori*, depois dessa discussão toda, esse projeto deverá ser enviado na forma de projeto de lei para o Congresso, com a tramitação regular.

Esse não é um projeto para ser aprovado nem da noite para o dia – me parece pouco provável que seja aprovado até o final dessa legislatura, isso é muito pouco provável –; é um projeto para ser maturado, discutido e decantado aos poucos no Congresso Nacional, onde se encontra agora. É um legado que deixamos.

Acho que essa primeira questão é uma questão adjetiva, mas é uma questão séria, deve ser muito bem enfatizada.

Respeitar a discussão e a democracia é um exercício menos trivial do que parece. Isso passa por enviar um projeto de lei, com a tramitação congressual. Todos nós estaremos nas consultas públicas debatendo isso nas audiências, no Congresso, e levando toda essa discussão que estamos tendo aqui para o Congresso, que aliás é o foro adequado.

Então, esta é uma primeira questão adjetiva que diz respeito a algo que me parece absolutamente inadequado, que é a crítica de que o projeto não foi conversado, não foi debatido.

Não se trata de uma medida provisória; é um projeto de lei, que deve passar por todas as comissões, todas as audiências, que foi debatido – e eu

posso mencionar os advogados individualmente que se prestaram a fazer contribuições nos últimos 6 meses de discussão. Aliás, eu gostaria de agradecer aos advogados que tiveram esse trabalho durante todas as discussões. Não vou fazê-lo nominalmente agora por falta de tempo.

Mas vamos às questões específicas. Tanto o Dr. Belliboni, quanto o Dr. Tullio e o Dr. Pedro mencionam a sua preocupação quanto à análise prévia. E aqui há vários matizes da preocupação com a análise prévia. Há a versão de que a análise prévia é ótima para os outros, mas nós não temos estrutura. Então, como não temos estrutura, não podemos fazer análise prévia.

Além disso, vinda dos mesmos interlocutores, há a preocupação inversa: já estamos tão eficientes com a análise *a posteriori*, que nem precisamos da análise prévia. Ou seja, de um lado, não temos estrutura suficiente para fazer a análise prévia e, de outro, como já reduzimos o tempo médio de análise de ato de concentração para algo em torno de 80 dias, no caso do Cade, e algo em torno de 22 dias, no caso da Secretaria de Direito Econômico, então nós não precisamos mesmo de análise prévia.

Mas o que me impressiona mais é que ambas as críticas perdem o ponto central do que é uma análise prévia, e que não tem que ver com o prazo de análise propriamente dito nem com a eficiência do sistema nos termos do que o Pedro descreveu como eficiência, mas tem que ver com a efetividade do sistema, que é uma coisa muito diferente, que não é atendida atualmente pelo artigo da lei que permite a consulta ou a submissão prévia aos órgãos de defesa da concorrência.

Vou citar um autor de quem eu gosto muito, que diz o seguinte: “No regime de negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração, a efetividade da ação do órgão de defesa da concorrência é sem dúvida muito mais expressiva. O exemplo norte-americano não exibiria essa experiência se tivesse informado o oposto. No regime atual seguido pelo Cade em que decisões do Plenário estipulam condições como fato consumado e cujos termos serão negociados com as requerentes, uma vez estas aderindo a tais condições, a efetividade da ação do Cade é deprimida”. Esse é um problema geral que não desaparece, mesmo com o sistema atual. Pedro Dutra, excelente livro – *Estudos e pareceres*. Comprem. Concordo com o Pedro. Como ele diz, curiosamente, no livro dele, o problema não é de eficiência, é de efetividade.

E a questão da efetividade diz respeito – como discutimos inúmeras vezes ao longo dos mais de 6 meses de debates que tivemos sobre o sistema de análise prévia – à questão dos incentivos.

O ponto não é se o mercado pode ou não consultar ou submeter um ato previamente aos órgãos de defesa da concorrência. Evidentemente que o ponto não é esse. Aliás, o ponto não só não é esse como, se fosse, sequer os sistemas que são chamados de análise prévia poderiam ser chamados de análise prévia, porque hoje, por exemplo, nos Estados Unidos, há o sistema de análise retrospectiva de fusões e aquisições.

Na semana retrasada o Departamento de Justiça e a FTC estavam estudando a propositura de uma ação para desconstituição de uma fusão no mercado de hospitais que tinha oito anos de idade. Então, eles deixaram de ser um sistema de análise prévia por conta disso, porque eles têm a possibilidade de desconstituição *a posteriori*. Não, eles não deixaram de ser um sistema de análise prévia, assim como nós, por termos a possibilidade da submissão antecipada, não deixamos de ser um sistema de análise *a posteriori*. Obviamente a questão não é essa: a questão diz respeito aos incentivos.

Quando se lida com a análise *a posteriori*, em que todos os negócios jurídicos têm uma condição resolutiva tácita, o que acontece – e todo mundo que advoga no mercado sabe disso – é que o relógio corre contra o governo. O *fait accompli* (fato consumado) faz sentido no sistema da análise *a posteriori*. O que passa a acontecer na análise *a posteriori* é que quanto mais tempo passa, quanto menos informação se dá a quem tem a missão institucional de eventualmente pedir o bloqueio da fusão ou da aquisição ou a dissolução da fusão ou aquisição junto ao tribunal administrativo, quanto mais tempo passa e menos informação quem tem essa missão institucional tem, melhor.

Por outro lado, inversamente, quanto mais informação se descarregar sobre o tribunal administrativo, que não tem estrutura para instruir o caso, e quanto mais tempo tiver passado entre a consecução do ato e a sua eventual avaliação pelo tribunal administrativo, também melhor para as partes.

E quem advoga com isso, quem é consultor econômico, sabe que às vezes, por conta da análise prévia, quando a análise é *a posteriori* é até difícil conseguir do seu próprio cliente a informação de que você precisa. O cliente não dá para você a informação, muitas vezes. O incentivo é completamente invertido. O relógio corre contra o governo e a favor da protelação. E por conta disso, como agentes econômicos tendem a responder a incentivos, o que ocorre no longo prazo é que o tempo de tramitação tende a ser muito mais dilatado do que seria com incentivos diferentes, típicos da análise *a posteriori*, que outros países seguem.

A análise *a posteriori* é seguida por outras jurisdições. Chipre, Paquistão, Malta, Bulgária, Suécia, Argentina, por exemplo, jurisdições

respeitadíssimas em matéria de defesa da concorrência, seguiram a análise *a posteriori*. E não implementaram essas inovações.

Com relação à crítica ao alinhamento às melhores práticas internacionais, e de novo com relação à transparência do órgão de defesa da concorrência e a sua preocupação em discutir isso com todo mundo, o Brasil pediu um processo de revisão dos pares da OCDE, que é muito mais severo e muito mais extenso que a elaboração de qualquer *green paper*: um consultor da OCDE pegou um avião, veio para cá, passou rês meses revirando O Cade, a SDE e a SEAE para levantar todos os números, todas as minutas, todas as discussões de projetos de lei, comparando-as com os projetos de lei de todas as jurisdições dos países-membros da OCDE e com algumas jurisdições de países observadores do Painel de concorrência e chegou à conclusão de que o projeto de lei enviado ao Congresso é um projeto que se alia às melhores práticas internacionais.

Isso quer dizer que ele não tenha defeitos? Isso quer dizer que ele não tenha problemas? Isso quer dizer que ele seja o meu projeto ideal? Claro que não. Inclusive eu gostaria – nunca é possível neste tipo de discussão –, mas eu gostaria de ter reservado um pedaço desse debate para dizer as coisas que eu acho que estão completamente equivocadas no projeto e que eu acho que devem ser modificadas no Congresso, e pensar junto com vocês e fazer sugestões para como modificá-las. Seria ótimo se nós pudéssemos ter o tempo de fazê-lo. Espero que possamos fazê-lo, senão agora, pelo menos nas próximas semanas, para aproveitar o que deve ser uma longa tramitação congressional, de pelo menos 9 ou 10 meses.

Críticas pontuais. Primeiro, com relação à submissão prévia, novamente: ela não tem que ver com o tempo de demora nem com a eficiência, tem que ver com a efetividade e com os incentivos que cria.

Com relação à crítica associada a esta, que é a do Tullio, e que diz respeito à segurança jurídica, vejam, senhores: hoje no Brasil todo negócio jurídico é submetido a uma condição resolutiva tácita, segundo a lei atual. Todo negócio jurídico pode ser desfeito se o Cade decidir que isso deve ser feito. Qual é exatamente a segurança jurídica que isso garante?

Na nova lei, o que estamos fazendo é o seguinte: o ato é submetido ao exame dos órgãos de defesa da concorrência. Deixa de haver uma condição resolutiva tácita e passa a haver uma condição suspensiva, inclusive no que diz respeito ao recurso. O § 6.º do artigo 62, que é o que disciplina a tramitação de recursos e processos em matéria de atos de concentração, sus-

pende expressamente a possibilidade de consecução do ato de concentração durante o período que diz respeito à interposição de recursos. Portanto, não há problema de segurança jurídica nessa acepção. Assim, é um dilema e um problema no que diz respeito à dissolução *a posteriori* dos atos de concentração. E aqui, aproveitando para cobrir todas as... Sim, exatamente. Se você não interpõe recurso, coisa que você só saberá ao final do prazo de 20 dias, vem a aprovação. Exatamente isso.

Com relação à dissolução *a posteriori*, todos os sistemas que adotaram a análise prévia têm que se defrontar com o fato de que há aqui um dilema – eu evito usar as palavras em inglês como o Pedro, apesar de ele ter usado *accountability* hoje, então me liberou para usar pelo menos uma –, que todo órgão antitruste vislumbra nesse tipo de arquitetura institucional que é o seguinte: olhar muita coisa na partida e, portanto, afogar de casos que seriam deletérios para o sistema e seu funcionamento geral, para mitigar o risco de deixar alguma coisa de fora? Ou tentar fazer um filtro mais restritivo e lidar com o que eventualmente escapou *a posteriori*? Isso é um dilema mesmo.

Não há resposta certa para isso, e não há jeito de revogar dilemas. Seria ótimo se pudéssemos por lei dizer que os dilemas não existem mais. Não há como ser seletivo e abrangente ao mesmo tempo. É um dilema por definição: ou se é seletivo ou se é abrangente.

A maioria das outras jurisdições adotou uma solução que nos deu um pouco de medo, que é de adotar uma análise prévia muito seletiva no filtro e depois ter liberdade geral para a avaliação retrospectiva, inclusive no caso dos Estados Unidos, de atos de concentração que tenham passado pelo escrutínio dos órgãos de defesa da concorrência. E por que isso? Porque, do ponto de vista jurídico, nos Estados Unidos não é verdade que um órgão antitruste profira uma decisão administrativa. Não há no sistema americano uma decisão administrativa sobre um ato de concentração. Nos Estados Unidos o que há é a decisão de contestar judicialmente ou não um ato de concentração, uma fusão ou aquisição. Não há um ato administrativo que possa ser considerado ato jurídico perfeito e fazer coisa julgada administrativa. Não há isso no sistema americano.

Então, no sistema americano, se o FTC, como muitas vezes acontece, ajuizar uma ação 8, 10, 15 ou 20 anos depois para, por exemplo, desfazer uma fusão de hospitais, ele pode fazê-lo. É mais difícil para provar no Judiciário que a sociedade ganha em termos líquidos? É mais difícil, mas ele pode fazê-lo.

A sugestão do Belliboni, que é optar pela judicialização do processo antitruste em senso estrito, é uma solução válida, mas é outra tradição, é outro caminho completamente diferente. Então, extinguir-se-ia o processo administrativo tal qual existe hoje, em que a atividade judicante e jurisdicional-administrativa é exercida por um tribunal que é o Cade. E iriam todos para o Judiciário direto.

Não dá para dizer o seguinte: então vamos todos para o Judiciário simultaneamente. Vamos fazer um sistema americano, em que finalmente, quando o caso chegar ao Cade e for julgado, pode-se entrar com a ação. Quer dizer, precisamos saber escolher as diferentes famílias de soluções. Não digo que uma seja melhor e que outra seja pior, mas é outra tradição. É outra coisa. Seria preciso reformar tudo. Seria preciso parar com essa coisa de Cade, SEAE e SDE e irmos todos ao Judiciário. Seria preciso criar um órgão que fosse um *solicitor* da concorrência junto ao Judiciário, outra tradição com problemas constitucionais e processuais específicos. Nós não pensamos nessa possibilidade.

Imagine se tivéssemos dito: “o projeto extingue o Cade e todos irão ao Judiciário”. Não sei se isso seria muito bem visto, mas é uma possibilidade à qual estamos abertos e vamos discutir no Congresso. Seria outro caminho.

Com relação aos mandatos de economista-chefe que você, Belliboni, mencionou, você tem razão em muitas dessas coisas – e também o Pedro e o Tullio –, no que diz respeito a uma certa confusão: afinal de contas, por que um tem dois, o outro tem quatro? Por que um tem mandato e o outro não tem? Por que um tem sabatina no Senado – que é uma crítica que vocês não levantaram, que eu acho que acabou saindo ruim na redação final – e outros não têm?

Eu acho que temos que uniformizar esse tratamento no Congresso e adotar um conceito coerente: sabatar ou não sabatar todos os que têm mandato.

E fazer uma coisa que a SDE disse: evitar essa intermitência enorme e essa interrupção e descontinuidade absurda que ocorre quando há mandatos de dois anos, que é um problema inclusive que temos com os Conselheiros do Cade, e que seriam transmitidos para a Superintendência-geral.

A próxima – tão conhecida, tão decantada e já clássica crítica a essa altura do campeonato – é a transferência de poder para o órgão monocrático. Vamos desdobrá-la em algumas subcríticas e tentar abordar cada uma delas.

Vou começar pela de sempre que é a seguinte – e que foi a primeira coisa que discutimos lá atrás em 2003 com o Ibrac e que foi, segundo me informam os advogados do Ibrac uma das causas da *débâcle*, por assim dizer, do Projeto do Governo anterior (não sei se isso é adequado ou não, pois eu não estava aqui): a transferência de poder para o Superintendente-geral, o diretor-geral, ou secretário-geral, como vocês queriam chamar. Não é só a advocatória que faz um caso ir para o tribunal. Se qualquer fusão ou aquisição lesar a terceiros que se sintam prejudicados, concorrentes etc., eles podem interpor recurso e mandar o caso para o tribunal. Se o Cade ou o tribunal achar que o caso deve ser avocado, avoca o caso. Se a SEAE achar que isso afetou algum setor regulado e por alguma razão o tribunal deva ouvi-lo, ele vai. Se o Ministério Público, e até a Procuradoria, na última versão do projeto de lei, quiserem, podem interpor recurso – e nisso o Pedro tem razão: há muitas figuras processuais, uma série de recursos, e um monte de gente pode interpor um monte de recursos... até a torcida do Flamengo pode recorrer dessa decisão e enviá-la para o tribunal administrativo.

A crítica que nós recebemos da ICN é o contrário: “Vocês estão dizendo que estão aliando o projeto de vocês às melhores práticas internacionais e que, portanto, estão adotando o que se chama de *early termination*, que basicamente é um rito simplificado, que não precisa chegar até o final, até o julgamento colegiado pelo tribunal para casos que são simples e que não oferecem maior risco ao mercado e à economia como um todo. Vocês estão dizendo que adotaram este princípio que nós recomendamos que todo mundo faça, mas essa decisão simples pode ser apelada por todo mundo”.

“Na prática, o que vai acontecer”, nos diz a ICN, “é que todos os casos irão para o tribunal”. Não acho que isso seja verdade. Acho que, na prática, ao longo do tempo, o tribunal, até pelos incentivos que os próprios operadores criam, será seletivo no que avoca e no que não avoca. “Ah, mas é impossível avocar em 20 dias! E a decisão monocrática não é transparente”.

Aqui há uma grande confusão entre o que é deliberação que leva à decisão monocrática, que, uma vez tomada, é publicada por meio de edital, com toda a sua fundamentação, para recursos e para depois ir ao Cade e ao tribunal administrativo, onde será transmitida ao vivo, exatamente como acontece, quando acontece, hoje em dia – e a tentação sedutora que todo mundo, é claro, tem é de ouvir o que a autoridade monocrática conversa com seus técnicos nessa hora, que não é necessariamente o melhor jeito de se fazer política da concorrência.

Novamente, só para ter aqui uma noção (no mundo concreto) de como a outras jurisdições operam.

Já que o Pedro citou como funciona na Europa, que fez o *green paper* etc., na Comissão Européia, se o DG, depois dos controles internos, que não têm transmissão ao vivo, não têm internet, que não têm absolutamente nada, resolve arquivar um caso porque onera mais a sociedade continuar com a tramitação do que simplesmente arquivá-lo, vocês acham o quê? Que há recursos de terceiros interessados para o Comissário de competição? Não há, não. Não há acesso aos autos, não há recurso para o comissário de competição. Pode-se, claro, ir à Corte de primeira instância de Luxemburgo, ou seja, se vai para o Judiciário. A resposta do Sistema europeu é portanto: vai para o Judiciário.

Nos Estados Unidos é pior ainda, pois não se tem acesso sequer ao *file*, que são os documentos coletados antes ainda de os autos serem formatados para irem ao Judiciário.

No Brasil, nós estamos definindo exatamente a fase em que começa o devido processo legal para o caso de ato de concentração desde o início. Estamos criando todos os prazos, a possibilidade de interveniência dos terceiros interessados, toda a possibilidade de advocatória, o recurso de terceiro interessado, recursos dos órgãos governamentais, do Ministério Público como *custos legis*, da Advocacia-Geral da União por intermédio da Procuradoria e por entidades legitimadas nos termos da Constituição, inclusive eventualmente a Mesa do Congresso.

A crítica que nos fizeram de que fomos longe demais, em resposta às críticas prévias do Ibrac, é que estava me preocupando, não a crítica sobre a transferência de poder monocrático.

Segundo desdobramento dessa crítica: de novo há uma confusão. Confunde-se a figura do secretário, do superintendente e do diretor-geral. Eu adoraria que a lei pudesse revogar a realidade, mas infelizmente o problema da realidade é que a realidade é a realidade. Confunde-se o que é a figura de transferência do poder monocrático com a história do *early termination*.

Vamos assumir que não existisse a figura da Superintendência-geral. Aliás, vamos mais adiante: vamos assumir que não existisse a SDE, que existisse só o Plenário do tribunal.

Ninguém disse que é contra o *early termination*. O *early termination* todos acham que é ótimo; o que incomoda é a transferência de poder para um órgão monocrático.

Ora, pois, se a SDE não existisse e só existisse um tribunal administrativo, como é que faríamos para implementar o *early termination*? Como se faz hoje nas decisões. Nós conversamos longamente com os conselheiros que eu vejo aqui sobre esse assunto: Como é que se faz hoje o julgamento transmitido ao vivo, pela internet, dos casos que vão pelo rito simplificado? Debatendo entre os conselheiros? Não, é a ditadura do conselheiro-relator, como é ditadura do secretário, como é ditadura do superintendente-geral, como é ditadura do órgão monocrático. Com uma grande vantagem: como se antecipou uma etapa nesse processo, se um processo que passou pelo rito simplificado tem uma decisão equivocada, poderá haver apelação avocatória pelo tribunal. Hoje nem isso há. Hoje os casos são votados em bloco, por número, no plenário, do número tal ao número tal: é só ir assistir a um julgamento. Não há milagre. Não dá para fazer a multiplicação dos pães. Não é possível fazer ao mesmo tempo todos se pronunciarem sobre os casos simples e fazer os casos simples tramitarem rapidamente. É um dilema. Eu adoraria viver num mundo onde se conseguisse ao mesmo tempo fazer que 12 órgãos se manifestassem em cada caso simples ao mesmo tempo em que se parasse de onerar o mercado com eles. Eu adoraria poder atender isso. Mas infelizmente nós ainda não chegamos a um mundo onde a lei consiga revogar a realidade.

Faz parte da figura do *early termination* eleger um *gate keeper*, o porteiro que vai separar o que é complicado do que não é. Vocês podem chamar esse *gate keeper* de conselheiro-relator, de diretor-geral, de superintendente-geral, podem chamá-lo do que quiserem, mas haverá a necessidade de um *gate keeper*, e aí se dirá que foi uma transferência de poder para um órgão monocrático, é claro...

Nós chegamos a discutir com o Cade, na atual configuração, até para evitar esse tipo de debate, que me parece adjacente ao ponto central, a supressão da figura do *early termination*, mas isso terá um custo para a sociedade. E nós deveremos escolher arcar com esse custo, que fique claro. Nós chegamos a debater no Cade a seguinte hipótese: vamos acabar com a superintendência-geral, vamos fazer cada conselheiro-relator ter o poder de adotar uma decisão monocrática, porque assim se acaba com esse nominalismo: como se chama superintendente-geral, então há transferência de poder. Então vamos evitar a transferência de poder, mas cada conselheiro-relator pode tomar uma decisão monocrática nos casos simples. Os casos que forem considerados complicados são apelados ao Pleno, igualmente ao que ocorre hoje com a Superintendência-geral, em que cada superintendente que é in-

dicado pode se pronunciar sobre os casos simples, e os casos complicados são apelados para o tribunal.

Então, vamos evitar essa discussão conceitual. Vamos fazer o seguinte: cada conselheiro-relator toma uma decisão monocrática, acabamos com a Superintendência-geral – o que realmente não me incomoda – e os casos complicados são apelados ao Pleno.

Discutindo esse modelo com os Conselheiros do Cade, nós pensamos então: e como faremos no tocante à estrutura desse conselheiro-relator? Cada conselheiro-relator vai ter uma mini-SDE, uma miniestrutura? É isso que é a eficiência do sistema? Então, cada conselheiro-relator terá os seus próprios técnicos, o seu pessoal de ofício, o seu pessoal de atividade-meio, vai fazer a sua instrução do processo administrativo, para que não haja, afinal de contas, transferência de poder, pois cada conselheiro-relator irá tomar uma decisão monocrática?

Então, os conselheiros decidiram que não, que era melhor criar uma estrutura geral que fizesse a instrução para todos os conselheiros-relatores que forem tomar uma decisão monocrática. E seria preciso alguém que administrasse essa estrutura geral, que se decidiu chamar de estrutura-geral dos conselheiros-relatores, que iriam tomar uma decisão monocrática, e chamaríamos essa pessoa que cuida dessa estrutura geral dentro do tribunal de secretário-geral da estrutura dos conselheiros monocráticos.

Então, Pedro, vamos fazer isso! E no final das contas sabe o que teremos feito: exatamente a mesma coisa! E não me incomoda abrir mão do *early termination*. Só que nós ficamos anos e anos discutindo quais eram os problemas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e todo mundo disse que um dos problemas era: a ausência de um procedimento simplificado que abortasse a tramitação até o final de processos que são simples e não complexos, alocando recursos que deveriam ser usados para outras atividades meritórias e que acabam se esvaindo nesse tipo de atividade, que me parece inócua do ponto de vista da economia, e que portanto tem um efeito líquido negativo.

Se vocês quiserem extinguir a Superintendência-geral e fazer um conselheiro monocrático com a estrutura geral e o secretário-geral, não há o menor problema: mudamos os nomes. Mas acho que está na hora de identificarmos a raiz do problema, que é: não se consegue ao mesmo tempo fazer que todos olhem tudo e que tudo aconteça rápido, a não ser que se triplique,

quadruple, quintuple a estrutura de pessoal. E aí poderão dizer: então façam isso! Como se não vivêssemos num mundo de recursos escassos.

Engraçado esse órgão de defesa da concorrência que adora eficiência alocativa até a hora em que tem que aplicar o princípio a si próprio. Cuida da eficiência alocativa do mercado, mas precisa ter três guichês, senão se acaba com a garantia das partes: é preciso ter um milhão de recursos; e não pode haver *early termination*, porque afinal de contas no fundo isso vai implicar transferência de poder de um colegiado para qualquer órgão monocrático, qualquer que seja o seu nome. E a solução para conciliar o melhor dos mundos é simples: quintuplicar a estrutura. Ótimo, o princípio da eficiência alocativa não se aplica a mim mesmo: eu só cuido disso nos outros. Eu não acho que isso seja um sinal sério para dar ao mercado, à sociedade e aos operadores.

Já esgotei o meu tempo, então vou rapidamente passar para o seguinte.

Quanto a todas as demais críticas, há algumas questões procedimentais que eu gostaria de comentar que estão endereçadas em outros artigos. Há muitas críticas que são fáceis de responder e outras que são difíceis. A maioria das difíceis não foi levantada aqui. Então, como eu acho que este é um debate que eu acho que deve no fundo me beneficiar e aos demais conselheiros Beth, Hélcio com as habilidades de cada um de vocês e as contribuições de cada um durante a tramitação, eu gostaria de dizer algumas coisas que eu acho que estão equivocadas

A primeira coisa que eu acho é que poderíamos aproveitar a tramitação congressual e mexer no projeto.

Em segundo, é possível fazer o fluxograma. A Dra. Patrícia Araújo conseguiu essa façanha de fazer inclusive com as várias possibilidades, ou seja, o que acontece em cada um dos casos. Nós podemos também enviar para todos. Há também uma transparência que nós tínhamos feito, mas da qual eu abri mão para poder debater cada um dos pontos com vocês hoje. Existe um fluxograma, mas acho que há uma grande inovação possível, que é a seguinte, e que tem que ver um pouco com a idéia que o Belliboni tinha aventado em outras oportunidades, que é: como migrar o sistema para um sistema híbrido? Não se pode fixar um prazo global para toda a análise, e é por isso que outros sistemas não o fazem, porque você alia o pior dos dois mundos em termos de incentivos: junta-se o que havia de pior no sistema da análise *a posteriori*, que era o fato de que o relógio corria contra o governo, com o que há de pior na análise prévia, que é a premência do tempo. Este

fluxograma aqui dá uma boa idéia das inúmeras possibilidades, dos inúmeros freios e contrapesos que a decisão tem. Se tivéssemos feito um fluxograma só com prazos, teríamos uma linha reta. Mas o que foi que a Patrícia fez? Ela tentou vislumbrar todos os inúmeros recursos e possibilidades de advocatória, recursos de terceiros e milhares de coisas sobre as garantias que supostamente os administrados não têm no novo projeto. E então o fluxograma ficou com essa cara, que são todas as idas e vindas que um processo administrativo, em matéria de ato de concentração, pode ter, e que não contempla o seguinte: é possível migrar, creio, para um sistema híbrido em que você tenha um prazo não para a avaliação global, porque isso aliaria incentivos muito ruins, mas um prazo dentro do qual o tribunal deve se pronunciar obrigatoriamente sobre se vai efetivamente bloquear a operação *in totum*, ou se já sabe que problemas eventuais, do ponto de vista da concorrência, podem ser atacados e endereçados por medidas estruturais ou comportamentais específicas que não envolvem o bloqueio da operação. Nesse caso, haveria uma cautelar reversa que nós colocamos aqui no projeto que autorizaria o tribunal a dizer: “Não há mais condição suspensiva. Siga!”. E esse poderia ser um prazo muito simples. E então você poderia falar para o seu cliente o seguinte: “Eu não sei quanto tempo isso tudo vai demorar, mas sei que em tantos dias, você poderá seguir adiante com essa operação se o Cade não tiver conseguido provar que ela é séria o suficiente para merecer o bloqueio”. Esta foi uma sugestão que a OCDE nos deu na análise da revisão de pares, que eu acho que é muito preciosa.

Concluindo, há uma série de questões que podem ser melhoradas. Além disso, há a questão da suplência dos Conselheiros para evita falta de *quorum*, que prejudica a questão da tramitação, há questões relativas ao processo administrativo e também à interveniência da SEAE, que acho que também deveriam ser debatidas com calma.

Eu tenho uma longa reflexão e uma resposta a essa questão da SEAE continuar existindo, mas acho que não temos tempo para fazer isso agora, mas, repito, nos colocamos à disposição, como nos colocamos durante esse tempo todo, para conversar com vocês.

Eu gostaria, para concluir, de deixar a apresentação com todos os números da prestação de contas da SDE aqui, com as estatísticas todas (que constam do *site*).

E gostaria de dizer o seguinte: não é fácil reformar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Há dilemas, há problemas substantivos.

Se há uma coisa que o Pedro disse, e na qual ele tem toda razão, é que nada substitui a ausência de estrutura de recursos humanos e materiais. E nós tentamos fazer o que nos parece uma tentativa de evitar grandes retrocessos, consolidar avanços, e é assim que o País caminha. Isso é que é política pública.

Espero contar com a ajuda de todos vocês, porque esta será uma longa tramitação, um debate extenso e, basicamente, continuar a usufruir das contribuições dos vários advogados que aqui estão e que têm participado conosco desse debate de forma extremamente frutífera e além disso, agradecer aos meus debatedores pela conversa de hoje.

Advogados são complicados: somos super-retóricos para tentar tornar a palestra menos tediosa para todos, mas, repito, todos vocês, Pedro, Belliboni, Tullio, têm sido, ainda que concordando ou discordando, extremamente transparentes e solícitos em todos os pontos que debatemos hoje, têm ido a Brasília, têm nos recebido – o Pedro foi pelo menos duas vezes conversar comigo e localizou várias dessas críticas –, e gostaria de agradecer às críticas de vocês todos e dizer que continuamos de braços abertos para isso tudo. Muito obrigado.

DEBATE

Sérgio Bruna: Eu queria abrir para perguntas. Em respeito ao estômago, eu gostaria de encerrar às 14h15. Então, lamento, não será possível nos determos muito no debate, pois temos limitações de horário. Temos uma inscrição lá no fundo. Por favor. Artur em seguida.

Patrícia: Olá, Eu sou a Patrícia do Cade e eu queria falar sobre recursos humanos. Na verdade, um dos maiores problemas que eu vejo no sistema hoje é a alta rotatividade dos técnicos que trabalham no sistema. Então, não se consegue manter um trabalho que perdure no tempo. Eu pergunto: a criação dos cargos de gestor não vai dar continuidade ao mesmo problema? Por que não a criação de uma carreira de analista de defesa da concorrência?

Daniel Goldberg: Veja, no meu papel eu evidentemente não posso responder à sua pergunta, pois meu papel institucional não é o de arquiteto das soluções administrativas do governo. A questão de destacar o círculo de gestores especializados em defesa da concorrência e regulação, com uma trava, para evitar a rotatividade, está no projeto. No entanto, se isso irá funcionar, eu não tenho a condição técnica de dizer, porque essa solução foi adotada em detrimento da carreira, conquanto tenham me explicado e eu tenha entendido a resposta. Mas eu diria que uma coisa importante que tem que ver com várias observações que foram feitas e que nós estamos fazendo é construir uma estratégia gerencial para que isso não ocorra da noite para o dia. Então, o que nós dizemos é o seguinte: OK, então vocês nos deram essa solução? Ótimo. Tudo bem, nós acreditamos. Mas queremos parcelas de 50, 50, 50, 50 para ir treinando antes, enquanto o projeto tramita. O primeiro teste é o ano que vem, em que nós deveremos receber nossa primeira parcela de 50 técnicos. Vocês podem controlar; o Ibrac pode controlar. Se nós não tivermos recebido, é um sinal de que a estrutura de recursos humanos e materiais não estará pronto no lugar e no momento da tramitação, e então não poderá ser aprovado enquanto não houver uma estrutura adequada e preparada para atender a essas novas demandas.

Sérgio Bruna: Artur.

Artur Barrionuevo: A minha é feita para os membros do Ibrac se manifestarem a respeito do Projeto, pelo seguinte. Eu acho que este tipo

de debate nós já vimos aqui mais de uma vez, ou seja, houve o debate do governo passado, quando houve a apresentação do Cláudio Considera, do Paulo de Tarso e então o ex-conselheiro João Leopoldino e o ex-presidente João Grandino apresentaram tantas falhas naquele projeto que ele acabou tendo o fim merecido, ou seja, foi arquivado.

Agora estamos discutindo um novo projeto, que tem uma série de semelhanças com aquele. É claro, tem diferenças também. Mas a minha pergunta é basicamente a seguinte: Fala-se muito em eficiência. E eu queria lembrar aqui duas visões de eficiência que se tem tanto do lado dos economistas quanto do lado dos juristas. Os juristas dizem que lei boa é lei velha. Os economistas justificam esse tipo de dito pelo seguinte: as pessoas precisam de um período de adaptação, têm que ter a capacidade de aprendizado. Sempre que se mudam as regras do jogo, há um longo processo de alteração e adaptação às novas regras. O que eu me pergunto é se – eu vou citar aqui aqueles que para mim são os problemas que estão na lei atual – esses problemas não poderiam ser resolvidos com pequenas alterações na lei atual, sem toda essa discussão. Então, o projeto, além das falhas que ele eventualmente tem, talvez um de seus maiores problemas é ser supérfluo. Então, quais são os pontos sobre os quais eu gostaria de me manifestar? São quatro pontos, na verdade: 1.º ponto) É mais do que claro que é necessária a exclusão da SEAE e do Ministério Público desse processo. Tudo bem que o regime autoritário nos legou um Ministério da Fazenda que acha que tem que se meter em tudo. Acho que está na hora – e aí eu concordo com o Daniel neste ponto especificamente apenas – de que efetivamente o Ibrac não se manifestou, não tomou posição afinal sobre o que nós desejamos. Então, 1.º ponto) exclusão. Existe um interesse na burocracia. Sempre existem interesses burocráticos, mas eu acho que nós, enquanto associação que procura defender interesses que estão vinculados à sociedade, que estão vinculados à área de defesa da concorrência, deveríamos ter a coragem de nos posicionar sobre algumas coisas. Então esse primeiro ponto seria da exclusão. 2.º ponto) A passagem das atribuições do secretário da SDE e do DPDE para algum diretor executivo do Cade, subordinado ao Conselho. 3.º ponto) O aumento do mandato dos Conselheiros, cuja necessidade é mais ou menos óbvia. E o último é uma reformulação do artigo 54, sobre o qual eu também concordo, existe a necessidade de se colocar regras, de tal maneira a conseguir a aprovação prévia de atos de concentração mas de maneira célere. Então, eu gostaria de saber se existe algum outro problema grave que nós, enquanto praticantes da defesa da concorrência, sentimos no

momento que não pudessem ser resolvidos com uma pequena alteração da lei, de uns 6, 7 artigos, e que levasse a esses objetivos?

Sérgio Bruna: Como são várias colocações, eu vou sugerir então distribuí-las, e cada um fará uma colocação.

Flávio Belliboni: Bom, bem rapidamente, eu tenho, exatamente por conta daquilo que eu tentei colocar, que concordar com o Artur, mas até a título de preocupação. É engraçado como o ser humano busca a mudança. Eu acho que é bom quando se busca a mudança do lado positivo. Mas nós falamos em onze anos de lei: lei velha é lei boa. Essa lei pegou. Mas nós estamos discutindo um projeto de reforma há cinco anos. Então, a lei tinha seis anos e já se falava em reforma. E aquilo que eu procurei enaltecer foi que ao longo desses onze anos os atores desse filme trabalharam e evoluíram, criaram procedimentos buscando a melhoria e acho que a intenção agora, por mais que se fale sempre em reforma, é sempre buscar a evolução. O tamanho dessa necessidade de reforma é que eu acho que precisa ser bem dosado, porque senão eu acho que a pena pode ser maior do que o ato praticado, do que a conduta equivocada praticada ao longo desses anos. Eu acho que nós temos que olhar para aquilo que veio ao longo desses onze anos – e o Daniel inclusive mencionou isso –, consolidar aquilo que é muito bom, e o projeto consolida. No entanto, é preciso verificar se nós temos que ir tão longe. E, por mais que eu diga, Daniel, da noite para o dia, lógico que não é da noite para o dia. Esse processo legislativo desse processo vai demorar muito. Mas a minha preocupação quando eu falei sobre eventualmente buscar a chance-la judicial é só buscar nos casos que vão ser bloqueados, porque o que me preocupa é o seguinte: no caso que é bloqueado, eu não tenho dúvida como advogado, que eu irei ao Poder Judiciário, eu sou abrigado a ir. Será que não é melhor a autoridade conseguir a chancela para que o caso seja examinado por dois entes, um administrativo e um judiciário? No detalhe, e aí sim, ter o bloqueio, porque isto trava um negócio, e um negócio de valor significativo. Então, essa foi uma preocupação. Eu não quero mudar o sistema inteiro. Eu acho que o *early termination* – está provado no mundo – está perfeito. Se nós conseguirmos atingir essas metas será ótimo. No entanto, o que me preocupa são os 2%, 3%, de operações que podem levar 48 meses para serem aprovadas. Só isso.

Daniel Goldberg: A nós também.

Pedro Dutra: Reforma, tudo bem. Qual é a forma da reforma? Esse é que é o ponto: a forma da reforma. Isso é o que eu quis dizer e o Artur eu creio que levantou. Eu não estou contra a reforma; estou contra a forma da reforma. Ela deve ser uma reforma ou uma revogação da lei atual? Quando se revoga a lei atual, revoga-se, ainda que parcialmente, uma cultura que já se enraizou minimamente que seja na sociedade. Então, isso tudo nos indica, afora os problemas materiais que existem nesse projeto, que ele deveria ser pontual. Ele ganharia sendo pontual. Claro que a notificação prévia deve ser a regra. É evidente! O que aqui se apontou é que há dificuldades de implementá-la. São advogados e economistas que estão falando, porque conhecem a realidade. Esse consultor da SDE, queria dar a ele um ato de concentração para ele tocar no Brasil. Depois eu queria dizer também o seguinte, porque uma coisa é falar em tese do modelo europeu: Quando se copia a lei européia, os exemplos europeus e americanos, a cultura vem junto? A cultura democrática que nasceu com a Declaração de Direitos do Homem vem junto? Ou aqui se opera o que o filósofo Bororó falou: a maldade da raça, e nós tropicalizamos imediatamente o exemplo. Então, aí é que está. Por isso é que as reformas pontuais são importantes e acho que devem ser feitas, mas cuidando-se da forma e da extensão. Não basta – eu não disse que o Daniel fez isso evidentemente – citarmos exemplos estrangeiros. Temos que ver as condições em que esses exemplos estrangeiros vão ser colocados. Quanto à questão de o Ibrac tomar posição, isso é uma questão de política do Ibrac. Eu, pelo visto, me sinto um insubordinado aqui e posso levar um pito eventualmente do presidente, mas isso será em particular. Muito obrigado.

Sérgio Bruna: Túlio, por favor.

Túlio Coelho: Eu queria me ater a um ponto, porque acho que a resposta já foi dada, sobre o papel de certas instituições que interagem com o antitruste no Brasil. Falou-se do papel da SEAE, do papel do Ministério Público. E eu quero ficar aqui no ponto do Ministério Público. Eu me lembro de ter conversado com o hoje Subprocurador da República Rodrigo Janor, que era o Secretário de Direito Econômico na época da elaboração do atual projeto de lei que virou a atual Lei 8.884. E o Rodrigo, por ser Procurador da República, colocou lá um artigo referente ao Ministério Público, dizendo que cabia ao Ministério Público “oficiar”. Eu sempre perguntei: “Rodrigo, que diabos é officiar?”. Ninguém sabe. Ele próprio não sabe o que é na verdade officiar. Bom, mas qual o papel do Ministério Público em ato de concentração? Essa pergunta eu acho que precisa ser respondida de maneira clara e convincente. Fazer concentração econômica

é *crime*, para que mereça intervenção do Ministério Público? Para parecer que suspenda o prazo, sustentação oral? Francamente eu não estou convencido. Eu acho que o Ministério Público tem coisas importantíssimas a fazer, e estas coisas a meu ver não estão ligadas a exame de atos de concentração econômica, que é uma análise muito mais econômica do que jurídica, e evidentemente não importa em aspectos criminais a justificar a participação do Ministério Público. Por outro lado, teria o Ministério Público algum papel na investigação antitruste? Eventualmente até poderia ter um papel na investigação antitruste, na medida em que a investigação antitruste pode de fato levar à prova de um crime com base na Lei 8.137. Nesse caso o Ministério Público teria que agir e poderia até mesmo apoiar essa investigação, solicitando medidas judiciais, para busca e apreensão e até orientando na coleta da prova pela *expertise* que tem. Mas eu acho que é um grande equívoco hoje como o Ministério Público está atuando dentro do sistema, e de fato isso merece uma maior reflexão, até mesmo pelo próprio Ministério Público. Então, eu queria endereçar apenas de maneira objetiva esse ponto ao Professor Artur Barrionuevo. Eu vejo que há uma pergunta do Dr. Daniel, que insistentemente...

Daniel Golberg: Rapidamente, em um minuto, para tentar agregar todas as perguntas e observações, o ponto é exatamente esse: todo mundo quer reformar e qual é a forma da reforma?, como diz o Pedro. Todos acham que apenas alguns aspectos tópicos, pontos específicos são suficientes para melhorar o sistema. Que pontos específicos são estes, que todos acham que são pontos suficientes para constituir um avanço significativo? São só alguns pontos: análise prévia, mudar o filtro da lei e unificação de guichês. Está bem, então vamos tentar fazer isso em menos artigos e de um outro jeito. Análise prévia, que são pontos tópicos, são coisas simples... A análise prévia muda todo o sistema, e muda a cultura enraizada. O Pedro tem toda a razão, o Artur tem toda a razão. Análise prévia com *early termination*, mudando o filtro e unificação de guichês. São mesmo esses quatro pontos. Vocês têm toda a razão. São aspectos tópicos mesmo, que têm que ver com o *pilar* do nosso Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com todas as coisas boas que ele tem, com tudo o que ele evolui, com tudo o que nós tentamos fazer de inovações gerenciais para mitigar esses custos todos. É uma ilusão achar que os oitenta e tantos dias que um caso simples demora para tramitar no Cade não tem custo. É uma ilusão achar que esses oitenta dias não é muito tempo para um caso simples ter chegado ao Cade, depois de 22 na SDE e mais 15 na SEAE. E acho que a média mostra exatamente isso: são esses. Qual é a forma da reforma? Eu acho que a forma da reforma é: análise prévia, mudar o filtro, instituir o *early termination* e unificar guichês. São só esses quatro pontos. Como fazê-la? Essa é a questão. Fiesp, SNI, entidades de Defesa do Consumidor, a Amcham fez

recentemente uma larga pesquisa com advogados, com empresas etc. e todos dizem que são esses pontos que o projeto de lei tem que mudar. Então, vamos reformar. Qual é a forma da reforma? É isso que temos que debater.

Sérgio Bruna: Gabriel.

Gabriel: Eu queria primeiro fazer uma observação rápida em relação à primeira colocação, que é a seguinte: os artigos 122 a 125 da lei têm que ser muito defendidos, porque a Lei 8.884 não previa pessoal e não previa a quantidade de funcionários e cargos que estão sendo criados. Isto é importante: quando o Gesner assumiu e ganhou o primeiro carro – o Artur deve lembrar – do Cade, nós fomos atrás de quem estava lotado como motorista e era uma determinada pessoa proveniente da Sunab que nunca tirou carteira de motorista na vida. Então, isso é uma coisa importante, e acho que é o aspecto inclusive fundamental que todo mundo fala: “a falta de recursos”. A lei, ao prever isso, ela suprime um problema que tinha a Lei 8.884, talvez tenha sido colocada numa época sem a cultura da concorrência, então não havia tantos recursos... Essa lei, se passar com esse número de cargos, vai ser um ponto positivo. No entanto, pulando isso, dois pontos chamam a atenção de quem milita junto aos órgãos de defesa da concorrência: nós temos muitas dúvidas, e acho que aqui a lei poderia melhorar muito com relação ao compromisso de cessação e ao acordo em controle de concentrações. O compromisso de cessação é algo muito importante, que pode fazer que as partes rapidamente resolvam a solução. Acho que isso não está bem resolvido aqui, e principalmente um aspecto que – o pessoal do Cade está aqui, o Rubens do Cade-Cade está aqui – é a questão de quem controla isso, de que maneira, de que forma, porque muitas vezes você sabe como entra mas não sabe como sai de um TCC ou de um TCD. E a outra coisa, tendo em vista alguns atos de concentração que ocorreram nos últimos tempos e que irão ocorrer, é a questão do acordo em atos de concentração. Ontem nós falamos muito de surpresas, e aí sempre há a perspectiva do advogado que fica surpreso e a autoridade que acha que nunca faz surpresa. Acho que a questão do acordo aqui é importante e deve ser detalhada, porque é uma maneira, uma válvula de escape importante para que as partes rapidamente resolvam o seu problema.

Daniel Goldberg: Estouramos o tempo e eu não tive tempo de comentar isso. Eu concordo em gênero, número e grau. Acho que é isso mesmo. Acho que temos que seguir adiante no Congresso não só com relação a essas observações que você fez, Gabriel, mas também com relação à possibilidade de instituir um acordo com pagamento de multa, que é uma coisa que todos

têm e nós não temos no Brasil. Não se pode fechar um acordo em juízo com transação judicial? Então pague a multa, feche um acordo, com pagamento de multa, com admissão de culpa. Eu acho que isso tem complicações legais, que não se pode discutir aqui ao largo, mas esta é uma possibilidade interessante que vai exatamente na mesma linha.

Sérgio Bruna: Bom, eu lamento ter que interromper o debate, mas nós estamos aí 15 minutos adiante do horário. O Gesner me pede aqui para dar dois avisos. O primeiro é de que há aqui uma oferta de livros do Instituto colocada aqui do lado de fora. Se vocês quiserem passar pela banca ali...

Daniel Goldberg: Pedro Dutra.

Sérgio Bruna: Eu recomendo, é um muito bom livro.

Pedro Dutra: Retiro tudo o que disse.

Sérgio Bruna: E também, Gesner, aqui você pede para nós fazermos um convite para um seminário de grupo de estudos.

Gesner de Oliveira: Este seminário está aqui indicado quando é: 9 de dezembro, com data, local. E aqui é um convite para os associados do Ibrac. Eu agradeço ao presidente pela oportunidade de mencionar isso. E os livros são teses premiadas recentemente, com temas de Direito e Economia, e que estão sendo oferecidas na banca de livros lá fora. Muito obrigado. Agradeço muito a gentileza do presidente. Eu não pude avisar antes, porque eu errei o horário do Painel. Muito obrigado.

Sérgio Bruna: Obrigado, Gesner. O Daniel está me informando aqui que os materiais das duas apresentações que ele iria fazer aqui vão ser disponibilizados. Então, nós vamos distribuir isso aos associados do Ibrac. Todos vão receber, mas se acaso alguém que esteja aqui e que não é associado desejar receber esse material, por favor faça contato conosco, que nós lhe encaminharemos. Bom, me cabe agora encerrar o Seminário. E eu não posso encerrar o Seminário sem antes agradecer a todos os participantes, aos nossos convidados, hoje em especial ao Daniel, que veio aqui nos falar sobre o projeto. Gostaria de agradecer à nossa equipe, que nos ajudou a organizar o Seminário, o nosso pessoal do vídeo e iluminação, as moças muito simpáticas que nos ajudaram aqui na condução dos trabalhos e as nossas tradutoras, deixando também um agradecimento especial ao nosso pessoal do Ibrac, tanto a Dora quanto o José Carlos. Onde está o José Carlos? Está aí? Levanta, José

Carlos, por favor. Sem eles, sem a competência do José Carlos e da Dora, nós não conseguiríamos fazer um evento que eu tenho convicção de que teve tanto sucesso quanto este que nós estamos agora encerrando. Então, gostaria de agradecer a todos e encerrar essa palestra e com ela também o Seminário de 2005. Muito obrigado.

SDE – Daniel Goldberg

AGENDA

• Principais Problemas do SBDC

- Lógica e Estrutura Geral do PL de Reforma do SBDC
 - Melhoras na organização
 - Melhoras na análise de fusões e aquisições
 - Melhoras na investigação de cartéis
 - Melhoras na promoção/advocacia da concorrência

PRINCIPAIS CRÍTICAS AO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

- Excesso de órgãos com redundância de atribuições causando retrabalho
- Análise de um número excessivo de operações de fusão e aquisição
- Julgamento de todos os casos (fusões e condutas anti-competitivas) prejudicando o foco nos realmente complexos
- Análise a posteriori das fusões e aquisições incentivando a criação de fatos consumados:
 - Procrastinação na apresentação de informações à SEAE e SDE nos casos complexos
 - “Enxurrada” de pareceres na véspera do julgamento pelo CADE
- Poucos recursos para priorizar conduta e promoção/advocacia da concorrência
- Alta rotatividade de pessoal
- Mandatos dos conselheiros de apenas 2 anos com possibilidade de recondução

SBDC ineficiente, moroso, gerando custo burocrático desnecessário para as empresas e, quando eficaz, gerando incerteza e altos custos de implementação das decisões

ALONGAMENTO DOS MANDATOS DOS CONSELHEIROS E REFORÇO DO CORPO TÉCNICO

Lei atual (n. 8.884)

PL de Reforma do SBDC

Conselheiros

- Mandatos de 2 anos, permitida uma recondução
- DAS 5

- Mandatos de 4 anos, vedada a recondução para o período subsequente
- DAS 6

Corpo Técnico

- Total de 186 técnicos sem carreira própria
 - CADE: 85 técnicos
 - SDE: 35 técnicos
 - SEAE: 66 técnicos
- Taxas de rotatividade de 15% a 40% ao ano dependendo do tipo de vínculo, ou falta de, dos técnicos

- Criação de 200 cargos de Gestor para exercício nos órgãos do SBDC
- Incorporação da área de defesa da concorrência da SDE e reforço da estrutura de DAS do novo CADE

PRINCIPAIS MUDANÇAS NO PROCESSO DE ANÁLISE DE FUSÕES E AQUISIÇÕES (ATOS DE CONCENTRAÇÃO)

	Lei atual (n. 8.884)	PL de Reforma do SBDC
Filtro de notificação	<ul style="list-style-type: none"> Operações em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual de R\$ 400.000.000 	<ul style="list-style-type: none"> Operações em que pelo menos um dos grupos tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios no Brasil de no mínimo R\$ 150.000.000 E pelo menos outro grupo tenha registrado faturamento ou volume de negócios de no mínimo R\$ 30.000.000
Forma de análise	<ul style="list-style-type: none"> Análise <i>ex post</i> com fortes incentivos para a dilação dos prazos através de artifícios 	<ul style="list-style-type: none"> Análise prévia com vários prazos intermediários estritos com possibilidade de aprovação por decurso de prazo
Possibilidade de acordos	<ul style="list-style-type: none"> Não há previsão para possibilidade de negociação de acordo com as partes envolvidas para a fixação de condições de aprovação das operações 	<ul style="list-style-type: none"> Superintendência-Geral pode negociar acordo com as partes envolvidas Acordo é submetido para aprovação pelo Tribunal
Análise Simplificada (Early Termination)	<ul style="list-style-type: none"> Soluções paliativas: rito sumário e instrução conjunta SDE/SEAE* CADE julga todos os casos 	<ul style="list-style-type: none"> Análise simplificada para os casos sem risco para a concorrência CADE julga apenas casos complexos ou os que ele avocar ou terceiros interessados indicarem como problemáticos

* Permitiram uma redução do prazo médio de análise e julgamento dos atos de concentração de 180 dias em 2000 para 86 dias em 2004

PRINCIPAIS MELHORAS NA INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS

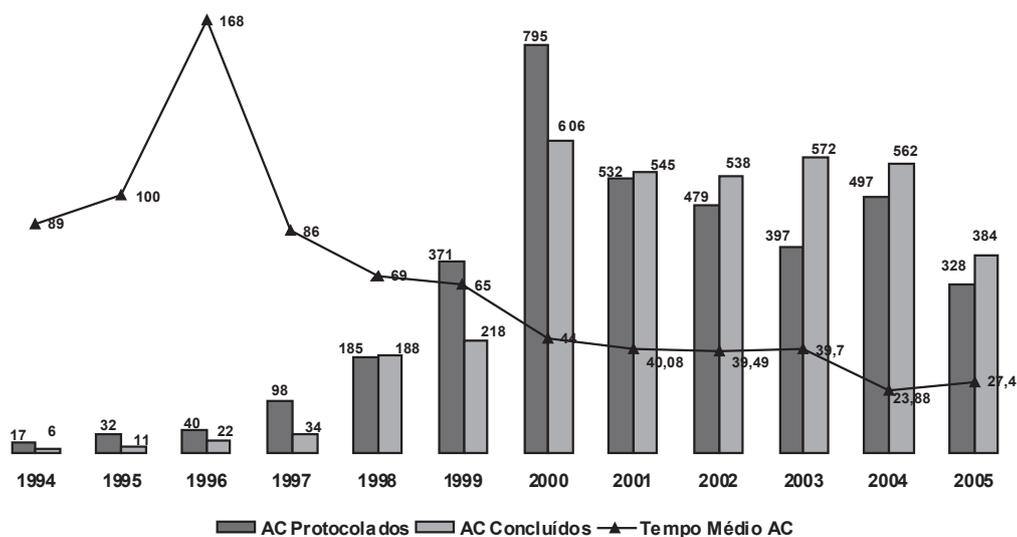
	Lei atual (n. 8.884)	PL de Reforma do SBDC
Clarificação e estruturação das investigações	<ul style="list-style-type: none"> Processo separado em apenas duas etapas (averiguações preliminares e processo administrativo) sem previsão de forma para tratar denúncias equivocadas e sem mínima fundamentação Falta de distinção clara entre a fase investigatória e a fase do direito de defesa e contraditório 	<ul style="list-style-type: none"> Clara distinção em três fases diferentes: <ul style="list-style-type: none"> – “Procedimento preparatório” para filtrar denúncias vazias – “Inquérito administrativo” como fase de investigação – “Processo administrativo” para o direito de defesa e contraditório
Seleção de casos para julgamento pelo Tribunal	<ul style="list-style-type: none"> Arquivamento de averiguações preliminares pela SDE é objeto de recurso de ofício ao CADE 	<ul style="list-style-type: none"> Superintendente-Geral passa a poder arquivar procedimentos preparatórios e inquéritos administrativos
Agilização da produção de provas	<ul style="list-style-type: none"> SDE solicita à AGU ou MP que por sua vez solicite ao Judiciário mandados de busca e apreensão 	<ul style="list-style-type: none"> Superintendência requer à sua Procuradoria-Geral a solicitação do Judiciário de ação cautelar de busca e apreensão

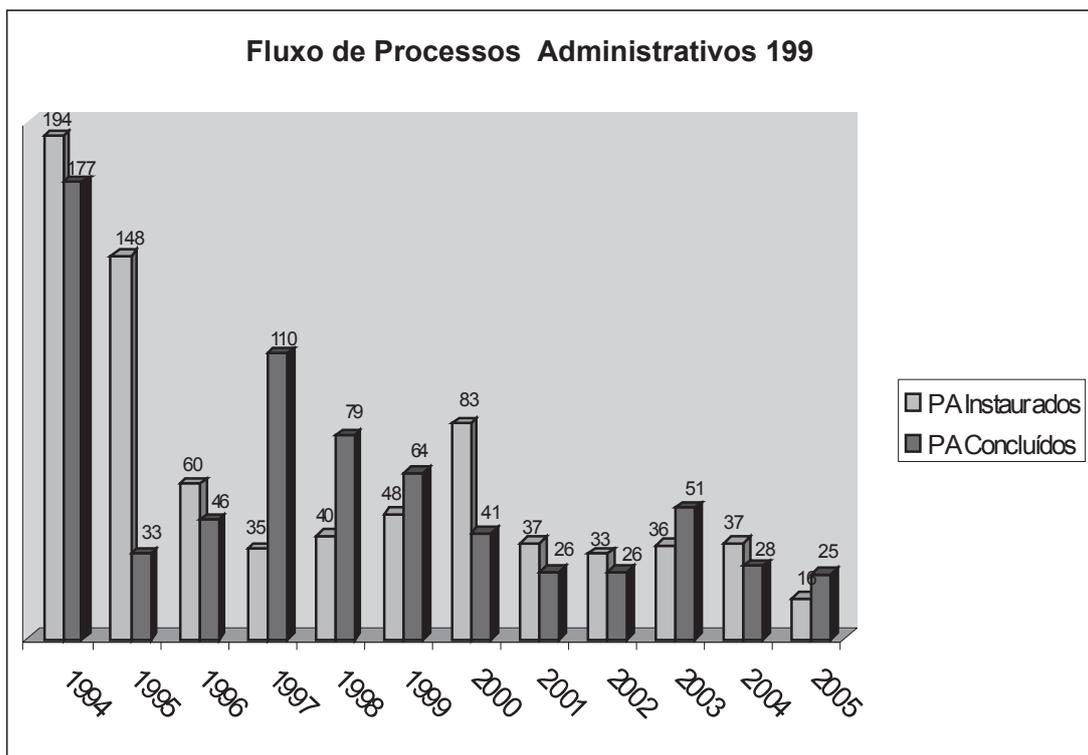
Evolução dos números relacionados a instrução – 1994 a 2005

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	11/05
AC Protocolados	17	32	40	98	185	371	795	532	479	397	497	328
AC Concluídos	6	11	22	34	188	218	606	545	538	572	562	384
Tempo Médio AC	89	100	168	86	69	65	44	40,08	39,49	39,7	23,88	27,4
PA Instaurados	194	148	60	35	40	48	83	37	33	36	37	16
PA Concluídos	177	33	46	110	79	64	41	26	26	51	28	25
AP Instauradas											91	28
AP Concluídas											24	20
Procedimentos Promovidos											173	84
Procedimentos Concluídos											116	156
Total de Instaurados/Ingressados	211	180	100	133	225	419	878	569	512	433	798	456
Total de Concluídos	183	44	68	144	267	282	647	571	564	623	730	571

Nota: A consolidação dos números referentes ao ingresso e conclusão de Procedimentos Administrativos e Averiguações Preliminares iniciou em 2004.

Evolução dos Números de AC 1994 a 2005







Diagramação:
Microart Com. Editoração Eletrônica Ltda.
www.microart.com.br