

A NOVA REALIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

6

RICARDO BRUNING BELLON

Graduando em Direito pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico; Comercial/Empresarial

RESUMO: O cenário concorrencial brasileiro foi alterado com a entrada em vigor da lei 12.529/2011, na metade de 2012. Dentre as diversas mudanças, a nova lei operou duas principais: a retirada do país do sistema de análise obrigatória *a posteriori* para o sistema de análise prévia, e a mudança orgânica do SBDC, que deixou de ser segmentado em diferentes organismos, distantes até mesmo territorialmente, e passou a ser unificado, otimizando recursos financeiros, humanos e temporais. Esta breve contribuição trata dos principais pontos dessas mudanças, quais serão os desafios e porque eles se imporão ao novo modelo antitruste brasileiro e a autoridade que o imprime, o Cade.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Lei 12.529/2011 – Nova Lei Antitruste brasileira – Sistema de análise prévia – Mudança institucional.

ABSTRACT: The Brazilian competition framework has changed with the enactment of Law 12.529 of November 30, 2011 in mid-2012. Among the several changes, the new law introduced two main modifications: the replacement of the country's post-merger system of Mandatory filing to a pre-merger system, and the organic change of SBDC, which is no longer fragmented into different organisms, even geographically distant, evolving to be unified, optimizing financial, human and temporal resources. This brief contribution addresses the main aspects of the aforementioned changes, the challenges to be imposed on such new model and on the Brazilian antitrust authority, the Cade.

KEYWORDS: Antitrust – Brazilian new Antitrust Law – Law no. 12.529 of November 30, 2011 – Pre-merger control – Institutional change.

SUMARIO: 1. Introdução – 2. O sistema de análise prévia de atos de concentração – 3. A reestruturação do SBDC – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Por anos em gestação e tramitação no Congresso Nacional, a (nova) Lei brasileira de Defesa da Concorrência, 12.529 de 2011, operou duas grandes mudanças no direito antitruste brasileiro, além de outras inovações. Os dois grandes marcos da nova legislação foram: (a) a introdução do sistema de análise prévia de atos de concentração e (b) o rearranjo institucional do SBDC.

A desconfiança do mercado, de administrados e de advogados de direito concorrencial levou a uma explosão de notificações na véspera da entrada em vigor do novo diploma,¹ que buscaram enquadrar as transações no regime de análise *a posteriori* – o sistema da (antiga) Lei 8.884/1994.

Em poucos meses de vigência da nova Lei, a autoridade antitruste divulgou notícias que² revelaram que o temor do mercado, ao menos quanto a operações mais simples, não se justificou. A entidade brasileira, ainda que com o pequeno orçamento e corpo técnico por ser provido, deu sinais de eficiência.

Inúmeros são os temas possíveis de se discorrer em uma análise sobre a nova realidade do direito antitruste brasileiro. Para se citar alguns, (a) a disciplina da troca de informações no íterim entre a negociação e a notificação (o que pode ser trocado de informações em um processo de negociação sem que isso configure uma conduta ou uma consumação de operação? – temática que fica muito mais sensível com a mudança para o regime de análise prévia de AC); (b) propostas para futuras regulamentações do órgão – fundos de investimento e contratos associativos; (c) análise de decisões recentes (e.g., o caso do aeroporto de Curaçao e a aplicação pelo Cade do art. 2.º da Lei 12.529/2011, que representa o princípio da produção de efeitos; o caso BNDESPAR & Participar: o não conhecimento de operação e o novo conceito do Cade de “influência relevante”; ou o caso DirecTV: a necessidade de mudança de controle como parâmetro para notificação obrigatória); (d) o *gun-jumping* sob a égide

-
1. HENRIQUES, Andréia. Corrida por fusões antes da nova lei de defesa econômica. *Diário Comércio Indústria & Serviços*, Legislação, 30.05.2012. Essa corrida pela notificação antes da lei, gerou, para alguns analistas, um efeito de “ressaca” no mercado de fusões e aquisições, após a entrada em vigor da nova Lei. Nesse sentido, Nova Lei do Cade derruba fusões e aquisições na América Latina em agosto. *Folha de S. Paulo*, Valor, 03.10.2012.
 2. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Em quatro meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias. 03.10.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

da nova Lei de Direito da Concorrência ou (e) o regime de responsabilidade objetiva das condutas anticompetitivas e os parâmetros para dosimetria das penas aplicadas.

Nenhum destes temas trata, porém, da principal mudança operada pela nova Lei Antitruste brasileira. Por isso, como mencionado no início desta contribuição, focar-se-á na essência da nova lei e naquilo que mais trará impacto, em nossa opinião, à nova realidade do SBDC.

2. O SISTEMA DE ANÁLISE PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Transações empresariais que (a) resultassem em uma concentração do mercado relevante superior a 20% ou (b) a transação em que ao menos uma das empresas envolvidas faturasse 400 milhões de reais no ano fiscal anterior ao fechamento da operação deveriam ser notificadas ao SBDC em até 15 dias úteis contados da assinatura do primeiro documento vinculativo.

O sistema de notificação obrigatória, até a nova lei vigente no Brasil, no Egito e no Paquistão, apresentava inúmeros contras. Custos sociais, econômicos e danos irreversíveis em razão da troca de informação entre concorrentes (especialmente danosa em mercados concentrados) resultavam no dilema dos ovos mexidos,³ em que se discute a própria possibilidade de se reverter a operação. Some-se a isso o potencial dano aos consumidores enquanto da análise da transação. Esse cenário levou as autoridades do SBDC a firmar os chamados Acordos Prévios de Reversibilidade de Operação (Apro). Plantou-se ali a semente de um sistema de análise prévia, já que, por estes acordos, as partes cuja operação estava sobre a análise se comprometiam a, entre outros, não consumir a operação até a sinalização do Cade.

A partir do dia 29.05.2012, o Brasil deixou o sistema *a posteriori* para integrar a dinâmica adotada por países de direito concorrencial mais maduro: o sistema de análise *a priori*. Atos de concentração que se encaixem nos novos requisitos deverão ser notificados ao SBDC e sua consumação deverá permanecer suspensa. O sinal verde do Cade (não necessariamente do Tribunal, podendo ser da Superintendência-Geral em casos sumários) representa agora condição suspensiva à consumação da transação.

3. Termo comumente cunhado pela doutrina estrangeira (*scrambled eggs*) para referir-se à dificuldade em se desconstituir uma operação em que os agentes já tenham se integrado e consumado a concentração. Metaforicamente, mexidos os ovos, não é mais possível separar a clara da gema.

Novos requisitos à necessidade de se notificar uma concentração foram adotados. As mudanças essenciais foram: (a) a supressão do critério de concentração baseada no percentual de *market share* do mercado relevante (a Lei 8.884/1994 exigia que fosse notificada operação que resultasse em concentração de 20% do mercado relevante);⁴ (b) a instituição de um critério combinado de faturamento⁵ em que a empresa contraparte na negociação que resulta em concentração também deverá ter um faturamento mínimo; e (c) a elevação dos patamares de faturamento⁶ necessários para que uma transação seja notificada (de 400 para 750 milhões e de 40 para 75 milhões).⁷

Operações que não se encaixem nesse crivo não estão imunes à vigilância concorrencial. Estão, apenas, dispensadas da notificação obrigatória. O Cade poderá (art. 88, § 7.º, da Lei 12.529/2011) requisitar a submissão de operações que não se enquadrem nas especificações providas pela lei. Nem toda operação de empresas que superem os patamares de faturamento são também de notificação obrigatória. A Res. Cade 2/2012, em seus arts. 9.º, 10 e 11, aguçam as disposições quanto à natureza de uma concentração (em que a notificação seja obrigatória). Tais dispositivos da Resolução limitam até mesmo uma noção de “influência relevante”. A autoridade decidiu muito recentemente⁸ pelo não conhecimento de operação em que havia influência relevante de acordo com

-
4. Tal supressão se deu em razão dos custos investigatórios, operacionais, orçamentários, de ordem temporal e da própria possibilidade de averiguação destes percentuais de participação de mercado. O critério de participação do mercado relevante demanda análise custosa e longa, portanto, de difícil apuração pela autoridade (que lida com recursos escassos, como se delineará abaixo).
 5. Essa disposição vem a acabar com um problema que se colocava à dinâmica econômica de grandes agentes sob a égide da lei antiga. Pela literalidade das disposições da Lei 8.884/1994, se grandes companhias (com faturamento anual acima de 400 milhões de reais) comprassem quaisquer ativos (no limite, uma padaria), a transação, em tese, teria de ser notificada ao Cade.
 6. Mudança essa operada pela Portaria Interministerial MJ/MF 994, de 30.05.2012, autorizada pelo § 1.º do art. 88 da Lei 12.529/2011.
 7. Essa elevação evidencia o posicionamento do órgão, que lida com recursos escassos e opera em um país em desenvolvimento. O foco passa a ser qualitativo, em detrimento do quesito quantitativo. Com os patamares duplo e superiores de faturamento, além da abolição do critério de participação de mercado, apenas as mais relevantes operações passarão (automaticamente, sem ser requisitadas) pelo crivo do órgão. A lei – em verdade, a Portaria Interministerial MJ/MF 994, de 30.05.2012, que opera a mudança – decide por grandes concentrações.
 8. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70, BNDESPAR & Praticapar, em que se aprovou o Parecer 343/2012 – Procade, 28.09.2012.

a jurisprudência do Cade (indicação de administradores, veto em operações de fusão/incorporação/cisão, decisão sobre investimentos), mas os percentuais adquiridos não atingiam os percentuais de participação exigidos pela Resolução (nos artigos citados acima). No caso, a aquisição, por não concorrente, de 10% do capital social, ainda que com influência relevante, não foi conhecida como concentração.

Quando da aprovação da nova Lei, muito se discutiu sobre a eficácia do sistema de análise prévia. A lei originalmente dispunha de dois mecanismos para fazer com que agentes esperassem o sinal verde do Cade: por um lado, (a) impondo multa para a consumação de operações antes do parecer do Conselho e, por outro, (b) estabelecendo um prazo de espera (na doutrina estrangeira e prática antitruste estrangeiras, identificado como *waiting period*) para que a autoridade emitisse o parecer. Caso este prazo não fosse cumprido pela autoridade, o art. 64 da Lei 12.529/2011 instituía o que se conhece por “aprovação tácita”. É verdadeira decadência do direito da autoridade antitruste questionar a transação econômica sob análise. Procurava-se com isso evitar que a dinâmica econômica fosse barrada (ou subjugada) pelo passo jurídico. Os prazos previstos pela lei são generosos. Um ato de concentração poderá ser apreciado em até 330 dias (somando-se pedidos de dilação de prazo à previsão original de 240 dias do art. 88, § 2.º, da Lei 12.529/2011). Não há estipulação na Lei quanto a períodos menores de espera para casos mais simples (que tramitam sob o regime sumário de análise) – concentrações menos complexas e que, em tese, geram menos preocupações concorrenciais. A aprovação tácita operada pela Lei foi, porém, vetada pela Presidente Dilma, por ser “*medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade*”. Vale deter-se aqui: a Presidente escolhe alterar a lei, em detrimento de escolha por mudança institucional e por aparelhamento que fossem capazes de lidar com a necessidade de decisão célere – imperativo da atividade econômica. A Presidente, com o veto, escolhe pela flexibilização em detrimento da melhora (ainda que coercitiva, sob a ameaça da aprovação tácita) da atuação do regulador.

A autoridade, na contramão do raciocínio da Presidente, reafirmou o compromisso com a aprovação tácita, aprovando unanimemente o Parecer do Procurador-Geral Gilvandro Araújo na 508.^a Sessão de Julgamento,⁹ sinalizando para o mercado a administrados o comprometimento do regulador concorrencial para acelerar o passo jurídico, a fim de alcançar o econômico.

9. Cf. veiculado pela Assessoria de Imprensa do Cade: Aprovação de AC por decurso de prazo está manida. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

Dois pontos ainda não regulamentados pelo Conselho quanto ao período de espera para análise de atos de concentração são, como mencionado acima, (a) o prazo para a análise de atos de concentração de menor complexidade, que tramitam sob o rito sumário, e (b) o prazo para que o Cade solicite emenda à notificação inicial, quando a notificação estiver incompleta. A ausência de prazo para que a Superintendência-Geral requisiute a emenda (para que os interessados, portanto, providenciem mais informações) pode funcionar como forma de parar o relógio para a contagem do período de espera – que culmina com a aprovação tácita da operação. Estas questões deverão ser regulamentadas em breve pelo Conselho.

O grande obstáculo a ser vencido pela entidade está em alinhar a eficiência do órgão brasileiro à velocidade de organismos antitruste internacionais, em um contexto em que a economia brasileira (sempre contracenando com Rússia, Índia e China, entre os emergentes) luta por competitividade.

Para tanto, a Lei tentou munir o órgão de ferramental para processar a demanda por análise célere, sem perder a qualidade das decisões (que são tão caras à concorrência, imediatamente e, mediatamente, ao bem-estar do consumidor): criou, através do art. 121 da Lei 12.529/2011, 200 cargos de “Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, integrantes da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental”. Até a presente data, não houve notícia da alocação ou nomeação de tais gestores, insumo indispensável para processar a nova demanda que se põe ao novo Cade (que, sem pessoal adicional, dificilmente merecerá a alcunha de “Super Cade”). A autarquia, que contava em 2012 com 50 gestores,¹⁰ receberá, segundo o presidente da autarquia, outros 50 gestores em 2013, oriundos do próximo concurso para a carreira¹¹ – o que se traduziria em sensível avanço, comparando-se o novo cenário com o atual quadro. O concurso referido pelo presidente do órgão ainda não teve edital lançado, mas teve instituição organizadora designada em março deste ano.¹²

A entidade, ainda que lidando com recursos (humanos e financeiros) escassos,¹³ tem desenvolvido a análise de casos sumários com certa rapidez,

10. Concurso para o Cade neste ano. *Correio Braziliense*, 12.08.2012.

11. Cruz, Patrick. Burocratas, mas com diploma. *Revista Exame*, Gestão Pública, n. 1.028, 14.11.2012, p. 156.

12. DOU 14.03.2013, Seção I, p. 76. Secretaria Executiva. Portaria 66, de 13.03.2013.

13. O Cade tem o segundo menor orçamento quando comparado com as agências reguladoras, tendo orçamento maior somente que o da Ancine. Cf. BASILE, Julianio. Taxa de

muito compatíveis com a prática internacional. O Conselho, nos primeiros 120 dias de vigência da Lei, apresentou em média, para os casos julgados e mais simples (sumários), tempo de análise de 17 dias.¹⁴ Os casos julgados foram, porém, apenas os mais simples. O julgamento de casos de complexidade maior deve subir tal período de espera para a média de 40 dias, avaliara o Presidente do Cade ao final de 2012.¹⁵

A eficiência da agência em responder a tempo às notificações, sem emperrar as transações (que podem ser benéficas ao consumidor) nem perder a qualidade das análises, lidando com recursos humanos e orçamentários escassos e com o estoque de casos que a entidade acumula é dúvida que aos poucos se elucidará com a atuação do órgão.

Um sinal da eficiência no manejo do estoque foi emitido em março de 2013: o Cade encerrou, através de acordo com a Unimed, 39 processos administrativos que tratavam da questão da “unimilitância”¹⁶ da associação, alvo de condenações desde 1994, eliminando o que correspondia a 26% de todas as demandas judiciais do órgão e ganhando fôlego para dedicar-se aos demais casos.¹⁷

3. A REESTRUTURAÇÃO DO SBDC

A segunda grande mudança operada pela nova Lei brasileira de Defesa da Concorrência está na reestruturação das instituições que formavam o SBDC.

A nova Lei brasileira de Defesa da Concorrência criou o que se convençionou chamar de “novo Cade” ou, em referência à absorção de funções das antes secretarias de Ministério, “Super Cade”. Sob o regime antigo, três eram os órgãos que compunham o SBDC: a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda, e o Cade.

R\$ 45 mil para análise de fusão será mantida. *Valor Econômico*, Legislação & Tributos, 31.07.2012.

14. Em quatro meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias cit.
15. Presidente do Cade faz balanço positivo sobre nova lei antitruste. *Valor Econômico*, Brasil, 01.10.2012.
16. Prática exigida pela Unimed de prestação de serviços exclusiva à associação, não permitindo que o médico associado atenda outros planos de saúde, restringindo a oferta de serviços.
17. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Cade encerra exigência de exclusividade de médicos com Unimed em mais de 90 casos. 20.03.2013. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

A primeira, braço investigativo do SBDC, centrava-se na análise econômico-jurídica de atos de concentração submetidos, na apuração de atos de concentração não notificados, e na investigação de condutas anticompetitivas praticadas por agentes econômicos. A expertise da análise puramente econômica do SBDC ficava por parte da Seae, que analisava o impacto econômico de atos de concentração, além de emitir parecer, quando requisitada, sobre processos administrativos (onde eram investigadas condutas anticompetitivas). O SBDC era completado pela Procuradoria-adjunta ao Cade (Procade), que participava da análise de atos de concentração e de processos administrativos, emitindo parecer cujo foco se centrava na análise jurídico-processuais das questões postas à apreciação – além de demais atribuições, como a função judicante (representando o Cade em juízo e promovendo medidas judiciais a fim de assegurar a cessação de práticas anticompetitivas e a satisfação dos provimentos da entidade). Também fazia parte da dinâmica do SBDC o Ministério Público, que possuía membro designado para representar o *Parquet* dentro do processo decisório do SBDC.

Como se pode extrair dos imperativos postos pela Lei 8.884/1994 e da prática concorrencial brasileira nos quase 20 anos de vigência da antiga lei, as funções de cada órgão, em especial da SDE e Seae, não eram bem delimitadas e não raro os recursos (sempre, em certa medida, escassos) dos órgãos eram desperdiçados em esforços duplicados. Nessa percepção, ainda que tardiamente, as secretarias, “*para aumentar a eficiência e a eficácia dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência*”, expediram normativo para disciplinar a “*instrução conjunta de atos de concentração e a análise conjunta de condutas anticompetitivas*”, passando a integrar os trabalhos, disciplinar tarefas e atribuições a fim de evitar desperdícios e redundância de análises, além de emitir pareceres conjuntamente.¹⁸

A lei, que entrou em vigor após a Portaria Conjunta Seae/SDE/Cade 25, de 27.02.2012, vale-se da mesma lógica de unificação de instrução. A Secretaria de Direito Econômico, que congregava não só o Departamento Proteção e Defesa Econômica (DPDE – braço que trabalhava junto ao Cade), mas também o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), é extinta. O DPDC é transformado em entidade autônoma, a Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon. A Seae perde suas atribuições de análises econômicas, restando-lhe apenas um papel na esfera concorrencial: a advocacia da concorrência. Por tal

18. Cf. a Portaria Conjunta Seae/SDE/Cade 25, de 27.02.2012.

alcunha se entende a advocacia e a promoção da cultura da concorrência e a defesa desta como padrão de comportamento dos agentes econômicos, além da disseminação da cultura de concorrência perante os agentes de mercado e a sociedade. Muito se evoluiu em termos de cultura da concorrência. Partiu-se de um contexto de forte presença estatal na economia (não que esta tenha se dissipado atualmente, mas é menos presente em comparação aos períodos que se cita), como o período que se estende da Era Vargas (primeiras tentativas de legislação concorrencial no direito brasileiro, com restrições a condutas anticompetitivas), passando pela criação do órgão em 1962, até a promulgação da Lei 8.884/1994, em que o pano de fundo era pintado por institutos que fixavam preços e a pela legislação, que determinava os reajustes e limitava a lei básica de oferta e demanda, o que não favorecia a atuação de um ente promotor da competição.

O contexto macroeconômico sedento por estabilização monetária e por contenção de inflação tinha na concorrência entre os agentes econômicos um importante instrumento. O cenário era, portanto, propício ao surgimento da Lei 8.884/1994. A mudança brusca do sistema de fixação de preços e da forte atuação do Estado na economia não foi acompanhada de perto pelos agentes econômicos. Os agentes estavam tão distantes de uma cultura de competição e tão acostumados com a intromissão do Estado na formação dos preços que o primeiro cartel julgado pelo Cade foi “descoberto” dentro da própria Seae, em reunião agendada pelos participantes, ao comunicarem conjuntamente o reajuste de preços de um produto.¹⁹ O Conselho disseminava, de maneiras até pouco ortodoxas, a cultura da concorrência, como na gestão do Conselheiro Gesner Oliveira em 1998 e 1999 em que foram aprovadas em Sessão de Julgamento, emitidas e enviadas às empresas “*cartas-alerta*”,²⁰ cujo conteúdo chamava a atenção dos agentes do mercado para as exigências jurídico-concorrencias. Pode-se dizer que houve um sensível avanço na disseminação da concorrência desde esse período para cá. Isso se deve em boa parte em razão da efetivação dos dispositivos legais, seja pela via sancionatória (com multas

19. Perdas e danos dos cartéis, Claudio M. Considera (Secretário de Acompanhamento Econômico), *Folha de S. Paulo*, 31.05.2002. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2002-1/5-artigoperdasedanos]. Acesso em: 28.09.2012.

20. MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: _____. (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.

por intempestividade na apresentação de atos de concentração e na punição de condutas anticompetitivas), seja pela via do *soft enforcement*, em que a autoridade lança mão de diversas práticas educativas e pedagógicas, almejando o melhor atendimento às práticas estimuladas e desestimuladas pela legislação. O SBDC lançou mão neste âmbito das mais plurais iniciativas: desde a realização de eventos para a promoção da concorrência até a confecção de gibi da Turma da Mônica em parceria com o cartunista *Maurício de Souza*.²¹ Ainda há, porém, grande *déficit* de familiarização dos agentes econômicos com os ideais propagados pela constituição e defendidos pelo SBDC: (a) a livre concorrência (dispositivo positivado no art. 170, IV, da CF/1988), (b) a repressão ao abuso de poder econômico, (c) a defesa da concorrência e (d) a vedação ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4.º, da CF/1988). É aqui que reside o papel residual da Seae no âmbito concorrencial. Levar adiante a advocacia e a promoção da concorrência, ainda que não lhe seja tal atribuição competência exclusiva, à Superintendência-Geral, por exemplo, por força do art. 13, XV, da Lei 12.529/2011, também incumbe “instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão”.

Extinta a SDE e delimitada a competência da Seae, os órgãos que absorveram tais competências foram novas instituições, não mais ligadas aos Ministérios da Justiça e da Fazenda – como respectivamente eram as secretarias. O (chamado Super ou Novo) Cade é entidade única e passou a unir a Superintendência-Geral (Si-G) e o Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

A instrução dos processos de atos de concentração e de condutas anticompetitivas, antes realizadas pela SDE e que culminavam com um relatório, passam à Superintendência-Geral, atualmente chefiada pelo antigo Conselheiro do Cade, Carlos E. J. Ragazzo. A Superintendência-Geral tem poderes que ultrapassam os da antiga SDE: o art. 57, I, da Lei 12.529/2011 atribui à Superintendência poder para aprovar atos de concentração sem restrições. Caso entenda pela impugnação do ato, encaminhará este ao Tribunal (como se verá adiante) para que este julgue o ato de concentração (art. 57, II, da Lei 12.529/2011).²² No tocante a condutas, a Superintendência permanece com as atribuições instrutoras e investigativas da antiga SDE, oferecendo ao Tribunal

21. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Balanço de Gestão do Cade 2009-2010. p. 4. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Relatorio-de-gestao-2009-2010.pdf]. Acesso em: 29.09.2012.

22. Poderão impugnar a decisão da Si-G terceiros interessados ou a respectiva agência reguladora relacionada ao AC em questão (art. 65, I, da Lei 12.529/2011). Ademais, o

parecer pela absolvição (arquivamento) ou configuração de (condenação por) infração econômica.

O novo responsável pela análise econômica é o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), que realiza, de ofício ou a pedido do Plenário do Tribunal, do Presidente ou do Superintendente-Geral, estudos e parecer econômicos auxiliares na análise de condutas e concentrações por todo o Cade. Juntamente com os especialistas que integram a Superintendência-Geral, é no quadro de funcionários também do DEE que parecem estar gargalos à atuação e à resposta eficientes do novo Cade.

O anterior Conselho, independente das Secretarias e formado pelos sete Conselheiros, mantém a mesma configuração e é transformado em órgão do Cade: surge a figura do Tribunal. Um presidente e seis conselheiros, que passam a ter mandatos mais longos que os previstos pela antiga lei (de dois anos). O mandato pela Lei de 12.529/2011 é agora de quatro anos, vedando-se a recondução. Tais mudanças vêm em prol da independência dos conselheiros para julgar os diversos casos livres de pressões quanto a uma recondução ou a uma sabatina no Senado Federal (em que grupos de pressão que eventualmente possuíssem atos de concentração ou processos administrativos em trâmite/aprovados/reprovados, poderiam exercer influência sobre a nomeação ou recondução de conselheiros).

Ministério Público e Procuradoria do Cade mantêm suas funções como órgãos do SBDC – o primeiro, ainda que indiretamente, atuando como fiscal da lei e representante dos anseios da sociedade nas decisões que têm impacto indireto nesta.

O rearranjo institucional é, em suma, a segunda grande mudança operada pela nova Lei de Defesa da Concorrência. As atribuições dos antigos três órgãos principais do SBDC são reunidas na figura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que passa a coordenar e distribuir melhor funções e atribuições, buscando aperfeiçoar a qualidade e a velocidade das respostas às submissões de concentrações dos agentes econômicos e às práticas anti-competitivas. A mudança da própria sede da autoridade antitruste simboliza a mudança da realidade institucional por que passou o SBDC com o advento da nova Lei. E, nessa linha, se são novas as instalações do novo Cade, também são novos os desafios.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, deve-se atentar para o fato de que as duas principais mudanças trazidas pela nova Lei Antitruste não devem servir apenas de importação de um modelo (supostamente) bem-sucedido em outras realidades econômicas – seja de arranjo institucional único, seja de sistema de notificação obrigatória e prévia. Os sistemas de análise *a posteriori* eram aplicados ao redor do mundo já há muito tempo, o que não explica o porquê da virada das regras do jogo no ano de 2011. A mudança é um imperativo do novo substrato econômico, que é base para a ocorrência de concentrações e condutas anticompetitivas, e que traduz a realidade do país na atualidade. A mudança é reflexo, também, do amadurecimento institucional por que passaram o SBDC e o Conselho durante seus 50 anos de história (ainda que para muitos só tenha sido munido de “garras e dentes” recentemente), formando e capacitando seus profissionais – que começaram buscando notícias de concentrações econômicas em jornais e enviando “cartas-alerta” a empresas – além de ser reflexo de certa disseminação da cultura de competição.

O momento trazido pela nova Lei não é mera importação de um sistema que deu certo, ainda que práticas internacionais bem-sucedidas devam ser aproveitadas. É, sobretudo, desenvolvimento das instituições brasileiras. Para além da mera importação de um novo modelo (o que sabidamente não dá certo),²³ é preciso atentar para as peculiaridades das bases que sustentam a realidade em que as instituições se debruçam. No caso concorrencial brasileiro, estas bases dignas de atenção são (a) o estágio atual economia brasileira, que caminha para se firmar como país atrativo no âmbito econômico mundial – e não apenas como segunda seção dos BRICs; (b) o histórico de concentração de antigas estatais e da necessidade de fomentar-se uma mudança cultural, ainda em curso, que deixa o modelo de participação massiva do Estado na economia e caminha para o primado da concorrência dos atores econômicos independentes, sofrendo este último um empurrão do Estado.²⁴ Indispensá-

23. Nesse sentido, Douglass C. North, *Institutions, institutional change and economic performance*: “(...) transferring the formal political and economic rules of successful Western economies to third-world and Eastern European economies is not a sufficient condition for good economic performance”.

24. Novas frentes de pesquisa em direito econômico têm surgido nessa temática de mescla entre atuação forte de Estado na Economia (mas não única), promoção da concorrência e agentes econômicos privados com papel importante. Digno de nota é o projeto de pesquisa *Lands (Law and New Development State)*, que analisa uma aparen-

vel que a nova instituição vislumbre (c) seu papel nos novos desafios postos por políticas públicas que vêm de cima, cujo conteúdo tem sido incentivar a concentração de grandes agentes econômicos, como no financiamento de “campeões nacionais”. Deve permanecer em vista do novo SBDC, também, (d) seu próprio papel como formador de políticas públicas que, ao decidir o futuro de agentes com grande impacto social, como por exemplo a fusão de duas empresas com grande oferta de bens de consumo, estará decidindo a sorte do consumidor ao entrar em um supermercado. A nova Lei trouxe oportunidade de renovação para que tais decisões sejam tomadas, sobretudo, em face das limitações de um país em desenvolvimento, que são sentidas pela autarquia no próprio aparelhamento, em termos de recursos humanos e financeiros.

É em face desse conjunto de fatores da realidade brasileira que os novos desafios da autoridade antitruste brasileira, o Cade, estão lançados, e em razão deles é que os resultados devem ser apreciados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASILE, Juliano. Taxa de R\$ 45 mil para análise de fusão será mantida. *Valor Econômico*, Legislação & Tributos, 31.07.2012.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Ata da 18.^a Sessão Ordinária de Julgamento. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

_____. Aprovação de AC por decurso de prazo está mantida. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

te nova realidade de modelo de atuação do Estado na Economia que mistura padrões de estado desenvolvimentista com sistema puramente competitivo, sem encaixar-se apenas em um dos paradigmas. Espécie de *joint venture* internacional de pesquisa, o projeto conta com contribuições de professores de universidades brasileiras (Diogo R. Coutinho, da USP, e Mario G. Schapiro, da FGV) na análise dos sinais brasileiros desse modelo misto. Cuidam os pesquisadores dos casos do programa Bolsa-Família e da atuação financeira moriz do BNDES, respectivamente. Para tanto, ver LAW AND THE NEW DEVELOPMENTAL STATE – LANDS, University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/lands.html]. Acesso em: 31.03.2013; COUTINHO, Diogo R. *Roles of Law and development policies in Brazil: decentralization and coordination in the Bolsa Família Program*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/diogo_paper_7-17.pdf]; SCHAPIRO, Mario G. *Rediscovering the developmental path? Development bank, Law and innovation finance in the Brazilian economy*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/rediscovering_the_developmental_path_mario_7_8.pdf].

- _____. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70, Parecer da Superintendência-Geral em 28.09.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.
- _____. Balanço de Gestão do Cade 2009-2010. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Relatorio-de-gestao-2009-2010.pdf]. Acesso em: 29.09.2012.
- _____. Cade encerra exigência de exclusividade de médicos com Unimed em mais de 90 casos. 20.03.2013. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.
- _____. Em quatro meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias. 03.10.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.
- Concurso para o Cade neste ano. *Correio Braziliense*, 12.08.2012.
- CONSIDERA, Claudio M. Perdas e danos dos cartéis. *Folha de S. Paulo*, 31.05.2002. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2002-1/5-artigoperdasedanos]. Acesso em: 28.09.2012.
- COUTINHO, Diogo R. *Roles of Law and development policies in Brazil: decentralization and coordination in the Bolsa Familia" Program*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [http://www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/diogo_paper_7-17.pdf].
- CRUZ, Patrick. Burocratas, mas com diploma. *Revista Exame*, Gestão Pública, n. 1.028, 14.11.2012.
- HENRIQUES, Andréia. Corrida por fusões antes da nova lei de defesa econômica. *Diário Comércio Indústria & Serviços*, Legislação, 30.05.2012.
- LAW AND THE NEW DEVELOPMENTAL STATE – LANDS. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/lands.html]. Acesso em: 31.03.2013.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: _____ (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- Nova Lei do Cade derruba fusões e aquisições na América Latina em agosto. *Folha de S. Paulo*, Valor, 03.10.2012.
- Presidente do Cade faz balanço positivo sobre nova lei antitruste. *Valor Econômico*, Brasil, 01.10.2012.
- SCHAPIRO, Mario G. *Rediscovering the developmental path? Development bank, Law and innovation finance in the Brazilian economy*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/rediscovering_the_developmental_path_mario_7_8.pdf].
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15;
- As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011, de Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra – *RIBRAC* 22/307; e
- Integração vertical de empresas e direito da concorrência, de Fabiano del Masso – *RT* 928/1135.