

Análise prévia feita pelo Cade gera preocupação entre empresários

Tem sido recorrente no Brasil a crítica de empresários e consumidores em relação à falta de transparência por parte de vários órgãos públicos, notadamente as agências reguladoras. Nesse contexto, é digno de nota o esforço recente do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em debater com os administrados a adoção de medidas para implementação eficiente da nova lei que reestrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

No início de novembro, antes até da divulgação oficial pelo Congresso Nacional do texto final da nova lei que entrará em vigor em 2012, o CADE abriu suas portas para um debate franco com advogados, economistas, professores de Direito, estudantes e o público em geral. Na ocasião, a convite da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB do Distrito Federal, representantes do CADE, liderados pelo Conselheiro Carlos Ragazzo, trocaram ideias sobre a criação no Brasil do sistema de notificação e análise prévias de operações de fusão, aquisição, incorporação e associação (joint-ventures) de empresas, os chamados “atos de concentração” econômica.

A implementação do sistema de notificação e análise prévias de atos de concentração tem gerado muita expectativa à sociedade, que quer ter a certeza de que operações que impliquem eliminação da concorrência sejam reprovadas pelo CADE antes de consumadas e, portanto, antes que prejuízos sejam sofridos pela coletividade.

Mas tal sistema também provoca preocupações legítimas aos empresários. Eles esperam que o CADE tenha condição de proferir decisões rápidas e tecnicamente consistentes sobre a aprovação total, parcial ou reprovação dos atos de concentração, que terão que ser notificados sempre que preencherem os seguintes requisitos, de acordo com a nova lei:

- a) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto no Brasil equivalente ou superior a R\$ 400 milhões no ano anterior à operação; e
- b) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto no Brasil equivalente ou superior a R\$ 30 milhões no ano anterior à operação.

Tais expectativas e preocupações têm origem no sistema de análise dos atos de concentração estabelecido pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que está em vigor. Atualmente, o CADE faz um controle a posteriori dos atos de concentração realizados pelas empresas. Diferentemente do que ocorre hoje, as empresas não poderão, após a entrada em vigor da nova lei, consumir as operações antes da manifestação conclusiva do CADE, que deverá ser produzida em até 240 dias (que poderão ser prorrogados por 60 dias a pedido das partes, ou 90 dias por decisão justificada do CADE), sob pena de aplicação de multa de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões.

Neste primeiro debate que ocorreu no CADE, no início de novembro, foi interessante observar que:

- estudos estão sendo feitos para a adoção de regulamentos que tratarão da estrutura que será criada dentro do CADE para a triagem dos documentos submetidos para a análise prévia. A expectativa

atual é que os atos de concentração que não apresentem potencial lesivo à concorrência sejam aprovados, sob o rito sumário, em até 30 dias, após passarem pelo setor de triagem que será instituído;

- mesmo com um novo critério objetivo para notificação obrigatória de operações, a expectativa é a de que serão notificados por ano 600 atos de concentração para análise do CADE: 70% de tais operações devem ser analisadas sob o rito sumário e 30% sob o rito ordinário;
- já foi iniciada uma discussão sobre a melhor forma de o CADE fornecer orientação adequada para prevenir que as empresas que notificarem seus atos de concentração adotem medidas que configurem consumação da operação antes da decisão do CADE. É possível que o CADE adote resolução específica ou se manifeste expressamente sobre o que as empresas podem ou não podem fazer no período compreendido entre a notificação ao CADE e a decisão do órgão sobre a aprovação do ato de concentração;
- o CADE está analisando se será viável permitir que as empresas envolvidas na negociação de atos de concentração notificáveis tenham a oportunidade de manter reuniões com representantes do CADE antes da efetiva notificação do contrato a ser firmado. Muito embora o CADE tenha interesse em receber representantes das empresas para contatos pré-notificação, a preocupação é não permitir que tais audiências preliminares acabem interferindo negativamente no tempo de análise das operações notificadas, haja vista a conhecida escassez de recursos humanos e financeiros;
- o compromisso do CADE é com a eficiência nos procedimentos de análise prévia, justamente para não impedir ou dificultar que negócios legítimos sejam realizados e para que haja desenvolvimento econômico e geração de emprego;
- os técnicos do CADE estão trabalhando em um formulário com uma lista de perguntas sobre as empresas e os mercados afetados pelos atos de concentração a serem notificados. Esta lista deverá ser bem mais completa e complexa do que aquela que é utilizada hoje nas notificações (com base na Resolução CADE nº 15/98). Uma minuta de resolução relativa a este formulário com as informações que as empresas deverão submeter ao CADE será apresentada para consulta pública pelo CADE em breve, o que é louvável, já que a lei nova não deverá entrar em vigor antes do final de maio de 2012;
- no momento, o CADE não trabalha com a hipótese de permitir que as empresas escolham as informações que querem submeter para análise prévia do CADE, nem com a adoção de vários tipos de formulários para notificação. Tendo em vista que a obrigação de proferir a decisão em até 330 dias é do CADE, a autarquia pretende ser exigente em relação à apresentação pelas empresas de todas as informações indicadas em um formulário único, mesmo que as operações não sejam complexas. Isso poderá gerar custos maiores para as empresas, por um lado, mas a expectativa é que os custos sejam proporcionais à maior celeridade na análise do CADE;
- serão necessários ainda mais estudos e debates sobre a regulamentação do acesso aos documentos apresentados ao CADE junto com os pedidos de aprovação dos atos de concentração. Isso porque a

confidencialidade pode ser essencial para que determinadas operações sejam consumadas, mas ao mesmo tempo terceiros interessados podem precisar de documentos e informações submetidos ao CADE para poderem contribuir com opiniões sobre os impactos das operações; e

- é possível que o CADE venha também a examinar, antes da entrada em vigor da nova lei, a conveniência e a necessidade do estabelecimento de critérios pré-determinados para a aplicação da multa prevista para as hipóteses em que as empresas deixarem de notificar previamente as operações para análise do CADE. Como a nova lei estabelece um espectro muito amplo para os valores de multa (de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões), faz sentido discutir se é factível a adoção de um regulamento específico sobre a aplicação criteriosa de tais multas, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Como visto, este debate inicial com o CADE, promovido pela Comissão de Defesa da Concorrência da OAB do Distrito Federal, já indica que existem várias questões ainda sem respostas. Muito terá que ser feito até o ano que vem, para que seja possível a instituição, com segurança jurídica, de um sistema eficiente de análise prévia de operações de fusão, aquisição, incorporação e joint-ventures no Brasil.

Nada obstante, precisa ser louvada a postura transparente do CADE, que se abre à sociedade para debater o melhor modelo para viabilizar a aplicação da nova lei que reestrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, neste momento importante do processo. Espera-se que a troca de informações e experiências das autoridades com a sociedade seja contínua e constante até a entrada em vigor da nova lei. Todos têm a ganhar.

Date Created

23/11/2011