



Rossana Gusmão: A apresentação de operações de fusões perante o Cade

Os atos de concentração, tais como fusões, aquisições, bem como as incorporações de empresas, que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal ou vertical) podem produzir, potencialmente, efeitos negativos e positivos sobre o bem-estar econômico.

Sobre os efeitos positivos, esses, em regra, derivam de economias de escala ou de escopo e de redução de custos de transação, entre outros fatores, que podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes da operação e para os consumidores.

Entretanto, tais operações também podem modificar a estrutura do mercado, gerando efeitos negativos, na medida em que favorecem a possibilidade do exercício do poder de mercado com potencialidade lesiva à concorrência, o que se manifesta por meio do aumento indiscriminado de preços, queda na qualidade dos produtos ofertados, baixa diferenciação dos produtos e redução dos investimentos em P&D. A probabilidade de produção de tais efeitos justifica a intervenção da autoridade antitruste.

A análise antitruste, pois, objetivando o bem-estar social e do consumidor final, tem o condão de pesar os custos sociais decorrentes da operação (eventual redução da concorrência) com os benefícios sociais por ela gerados (por exemplo, a redução de custos, aumento de qualidade etc).

O artigo 54, parágrafo 4º, da Lei 8.884/1994 estabelece que o ato de concentração deverá ser submetido à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no prazo máximo de quinze dias úteis a contar de sua realização. Percebe-se, de acordo com o referido dispositivo, que, atualmente, essas operações, quando realizadas, devem ser comunicadas ao Cade, necessariamente, no prazo legal, o que faz do Brasil um dos únicos países do mundo a adotar um controle a posteriori de estrutura.

A nova lei antitruste, Lei 12.529/2011, todavia, trouxe como principal mudança a exigência de submissão prévia ao Cade de fusões e aquisições que possam ter efeitos anticompetitivos, afastando, assim, a possibilidade de notificação posterior, tal como prevista na Lei 8.884/94. A análise prévia das operações dará mais segurança jurídica às empresas e trará maior agilidade à análise dos atos de concentração, uma vez que o Cade terá o prazo máximo de 240 dias para analisar os atos de concentração a serem realizados, prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas.

Contudo, levando-se em conta que a nova lei ainda não entrou em vigor e a eficácia, ainda fluente, da Lei 8.884/94, incidente sobre todas as operações realizadas até a vigência daquela, o tema ora abordado continua a apresentar relevância, haja vista a persistente dificuldade das empresas partícipes de operações de identificar o momento adequado à sua notificação.

Um sério problema que se apresenta, corriqueiramente, na análise da tempestividade da apresentação de operações perante o Cade, diz respeito à apresentação, fora do prazo legal, de documentos preliminares ao contrato principal de aquisição/fusão. Constantemente, as empresas sustentam que a notificação realizada se dá em caráter prévio, vez que a operação apenas se realizará, quando cumpridas todas as



condições previstas no instrumento preliminar e celebrado o negócio principal. Em casos como tais, para a análise da tempestividade da apresentação da operação, há de haver um exame mais acurado quanto aos termos do documento preliminar em cotejo com a jurisprudência do Cade.

Inicialmente, convém salientar a inaplicabilidade da Súmula 9 do Cade, geralmente aludidas por empresas notificantes para sustentar a tempestividade da operação. Segundo o entendimento sumulado, “para fins da contagem do prazo de que trata o parágrafo 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas.”

Há de se observar que a opção de compra, referida na súmula, possui a peculiaridade de criar obrigação ao talante de uma única parte, que fica vinculada a um prazo, cujo decurso, por si só desobriga, o promitente¹, no caso, o vendedor. A compra, por sua vez, somente se aperfeiçoa com o acordo de vontades. Equipara-se, pois, a opção de compra, à venda a contento e à promessa de doação. Para hipóteses como essas é que foi concebido o artigo 466 do Código Civil, a saber:

"Artigo 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor."

Verifica-se que, na opção de compra, apenas a vendedora manifesta sua vontade de contratar e, a esta obrigação, se vincula de forma irretratável e irrevogável. Entretanto, o titular da opção de compra (possível futuro comprador) não se obriga a contratar. Ao contrário, pode ou não exercer o direito de exigir da outra parte, no prazo e forma estipulados contratualmente, de acordo com a sua conveniência. Vê-se, assim, quando da estipulação da opção de compra, a ausência da convergência de vontades, elemento essencial do negócio jurídico futuro.

O instituto da opção de compra não se confunde com os contratos preliminares, firmados quando do curso das tratativas de uma fusão ou aquisição. Em tais documentos, em regra, as partes vinculam-se a todos os elementos essenciais do contrato de compra e venda de ações ou ativos, quais sejam a vontade de contratar manifestada, o objeto e o preço. O vínculo jurídico entre as partes, por conseguinte, passa a existir a partir da sua assinatura, assumindo, em muitos casos, o caráter “irrevogável e irretratável”. É bem verdade que, em muitos casos, são estipuladas, nos contratos preliminares, condições suspensivas, cuja implementação será verificada em momento posterior, qual seja a data do fechamento da operação.

A existência das condições suspensivas, contudo, não afasta o fato de ser o contrato preliminar o primeiro documento vinculativo entre as partes, vez que tal instrumento, por si só, já delineia todo o negócio jurídico. Quanto a isso a Súmula 8 do Cade estabelece que “para fins da contagem do prazo de que trata o parágrafo 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.”

Por outro lado, cumpre notar que a preocupação do Cade, em relação à tempestividade das notificações, parece se direcionar muito mais para a averiguação dos efeitos do ato praticado sobre a concorrência do



que para a forma da qual o ato se reveste, se declaração unilateral (obrigando apenas uma única parte), se acordo de vontades com objeto e preço definido. Tal conclusão decorre da própria Súmula 9 do Cade, que ressalva sua incidência nos casos em que, dos correspondentes termos negociais da opção de compra, decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas. Nesse passo, pode-se afirmar que, independentemente da forma contratual, na análise antitruste, o mais importante a ser observado é o momento em que a operação passa a afetar as relações de concorrência entre as partes contratantes.

Sendo assim, para o Cade, o ato de concentração referido na Lei 8.884/94 seria aquele que consubstanciaria uma negociação capaz de repercutir efetivamente no mercado, tendo, por si só, forte poder inibidor na competição entre as partes envolvidas.

De fato, as relações econômicas são extremamente sensíveis e dinâmicas. Por conseguinte, qualquer fato/ato realizado pelas empresas é potencial gerador de efeitos nas relações de mercado.

Supõe-se que dois ou mais agentes econômicos, tão logo formem um consenso sobre os aspectos essenciais de uma determinada operação, deixarão de concorrer entre si em um mercado — ou, pelo menos, evitarão tomar, a partir de então, atitudes hostis uns contra os outros.

Mesmo quando os dois ou mais agentes econômicos, que participam da operação, não concorrem em um mesmo mercado, presume-se que aquele cujo controle societário está sendo adquirido (empresa alvo ou empresa objeto) modifique sua forma de administração — no mínimo, a fim de preparar-se para a celebração do negócio principal que se concretizará, tão logo implementadas as condições suspensivas. Ou seja, ainda que o agente econômico que está adquirindo o controle societário não ingresse, de imediato, na administração da empresa alvo ou empresa objeto, a dinâmica de administração dessa poderá ser alterada desde o momento em que se forma um acordo de vontades sobre os aspectos nucleares de uma determinada operação.

Em suma, as atividades operacionais da empresa alienada são, em grande parte, restringidas quando da celebração do contrato preliminar, o que termina por afetar a sua sistemática concorrencial, vez que impedida de atuar livremente frente a outro player do mercado. Além disso, a competitividade entre a compradora e a empresa adquirida é sensivelmente afetada, quando ambas atuam no mesmo mercado relevante.

É preciso ter em vista que, como os mercados são, em geral, extremamente dinâmicos, uma operação, quando já delineada no contrato preliminar, poderá afetar o mercado instantaneamente ou em um curto período.

Diante desse risco, o ideal é que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) aprecie a operação logo que ajustada entre os agentes econômicos, por meio do contrato preliminar, mesmo que, ocasionalmente, desperdice recursos na análise de uma operação que acabará não se concretizando no futuro. Em outras palavras, a razão pela qual o prazo previsto pelo artigo 54, parágrafo 4º, da Lei nº 8.884/1994 começa a fluir da data em que celebrado o primeiro instrumento vinculante é a necessidade de atuação do Cade a tempo de evitar que a operação cause danos ao mercado (Princípio da Precaução). Por sua vez, o primeiro instrumento vinculante é aquele do qual decorre obrigação, que, por si só,



termine por afetar as relações concorrenciais.

Saliente-se que o momento de apresentação do ato de concentração ao Cade está consolidado em normativa interna da Autarquia.

Preceituava o artigo 2º da Resolução 15/1998 do Cade, in verbis:

“Artigo 2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos parágrafos 4º e 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.”

A Resolução 15/1998 do Cade foi revogada pela Resolução 45/2007 (a qual aprovou o Regimento Interno da Autarquia). No entanto, a regra contida no artigo 2º da Resolução 15/1998 foi parcialmente reproduzida no artigo 98 do atual Regimento Interno:

“Artigo 98. Considerar-se-á como o momento da realização do ato, para fins de cumprimento no disposto nos parágrafos 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, a data da celebração do primeiro documento vinculativo.”

Observe-se que a discussão sobre a intempestividade de notificações de atos de concentração e o entendimento do Cade sobre o primeiro instrumento vinculante não é nova no âmbito do Poder Judiciário.

A Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legalidade do artigo 2º da Resolução Cade 15/1998 (do qual o artigo 98 do Regimento Interno constitui uma reprodução parcial), por ocasião do julgamento do Recurso Especial 984.249/DF². Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão então proferido:

“ADMINISTRATIVO. DEFESA DA CONCORRÊNCIA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APROVAÇÃO PELO CADE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. SENTIDO DA LEI Nº 8.884/94 (ARTIGO 54, PARÁGRAFO 4º) E DA RESOLUÇÃO 15/98 – CADE (ARTIGO 2º). INOBSERVÂNCIA DO PRAZO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DE NATUREZA FORMAL (ARTIGO 54, PARÁGRAFO 5º), CUJA TIPICIDADE OU CONSUMAÇÃO INDEPENDEM DA LEGITIMIDADE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA OU DA APROVAÇÃO DA OPERAÇÃO PELO CADE. RECURSO PROVIDO.”

De acordo com o entendimento do Ministro Teori Albino Zavascki, lançado no processo referido, são duas as formas de controle, pelo Cade, das operações de concentração de empresas: (a) a do controle preventivo, quando os atos jurídicos são apresentados antes da sua “realização”; e (b) a do controle posterior, caso em que as empresas ficam obrigadas a apresentar os atos ‘no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização. “Realização”, aqui, tem o evidente significado de concretização jurídica, não de efetivação do resultado material do negócio. É que, independentemente do pleno exaurimento material (ou seja, da integral execução do ato negocial no plano da realidade), o só aperfeiçoamento



jurídico do negócio produz (ou, pelo menos, tem aptidão para produzir) desde logo efeitos nas relações concorrenciais.

Ainda, segundo a Relatoria, a Resolução 15/98 andou bem quando adotou como momento da "realização" o da eficácia jurídica do negócio de concentração, ou seja, quando considerou realizado o negócio no momento em que há celebração de um ato juridicamente vinculativo, vez que, no momento em que duas empresas estabelecem um concerto de vontade de caráter vinculativo, é evidente que ficam criadas as condições para que os efeitos desse negócio se façam sentir imediatamente, inclusive no que se refere à limitação ou à eliminação de concorrência nas relações de mercado.

Também é bastante esclarecedor o voto então proferido pelo ministro Luiz Fux, no julgamento do recurso mencionado, no sentido de que, desde o primeiro ato vinculativo, já se constata a realização de atos que produzem efeitos nas condições concorrenciais do mercado, possibilidade da ocorrência de abuso do poder econômico e de um possível prejuízo para inúmeros consumidores, de sorte que, se o ato passou a produzir efeitos imediatos no mercado, não se pode considerar data posterior para marcar o início do prazo do artigo 54, parágrafo 4º, da Lei 8.884/94.

No mesmo sentido, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp nº 615.628/DF, acolhendo a tese do Cade de que o termo inicial do prazo de 15 dias para apresentação da operação ao SBDC é contado a partir do primeiro instrumento vinculativo entre as partes³.

A jurisprudência mencionada atesta que a regra contida no artigo 98 do atual Regimento Interno do Cade está em consonância com o artigo 54, parágrafo 4º, da Lei 8.884/1994.

Assim, todo e qualquer ato descrito no artigo 54 da Lei 8.884/94 deve ser submetido à apreciação do Cade, no prazo máximo de quinze dias (úteis), contados a partir do primeiro documento vinculante firmado entre as partes, tendente à concentração.

Por outro lado, a omissão das empresas em apresentar o ato de concentração ao SBDC, no prazo legal, enquadra-se no disposto no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94, que estabelece a penalidade de multa em se tratando do descumprimento do prazo, vinculando o Cade à aplicação da sanção cominada, em obediência ao Princípio da Legalidade. Nesse caso, resta ao Conselho, tão somente, dosar a pena aplicada dentro dos limites estabelecidos no dispositivo.

Por fim, não é demais destacar que a multa prevista no artigo 54, parágrafo 5º, da Lei 8.884/1994 permanece devida, ainda que o Cade conclua, posteriormente, que o ato de concentração não provoca efeitos nocivos à livre concorrência.

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*, vol. II, 3ª. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p.424.

[2] STJ, Primeira Turma, REsp 984.249/DF, Rel. Min. José Delgado, Relator para Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29/06/2009

[3] STJ, REsp nº 615.628/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Hermam Benjamim, DJ 04/05/2011

Date Created

06/07/2012