

18 de julho de 2019

CADE aprova regulamentação para operações não notificadas ou notificadas “em atraso”

O Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica homologou, em sessão ordinária de julgamento realizada em 08/07/2019, a Resolução nº 24/2019, por meio da qual alterou a regulamentação do “Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração” (a chamada APAC).

A APAC tem por objeto a investigação de atos de concentração – as operações previstas no art. 90 da Lei nº 12.529 – realizados ou concluídos sem a prévia apreciação pelo CADE. Ou seja, investigar aqueles casos em que uma operação que alcance os critérios de notificação previstos em lei **(i)** é “consumada” (i.e., concluída ou fechada) anteriormente à sua notificação ao CADE, ou **(ii)** apesar de ter sido notificada tempestivamente, é consumada antes da aprovação final do órgão antitruste – quando as empresas “queimam a largada” (*gun jumping*).

Nos termos da nova Resolução, também são objeto de APAC as operações econômicas cuja submissão possa ser requisitada pelo CADE – não obstante se submetam às hipóteses legais de notificação obrigatória –, no prazo de um ano contado de sua consumação, devido à faculdade legal prevista no art. 88, § 7º da Lei nº 12.529.

Segundo o Presidente do CADE, Alexandre Barreto, o objetivo da nova regulamentação é aumentar a previsibilidade e a transparência no que se refere à tramitação desse tipo de procedimento. São basicamente duas as principais inovações da Resolução nº 24/2019:

- (i) a primeira delas resolve, nas palavras do Presidente, “um incômodo antigo” do CADE, dado que a nova Resolução impede que a instauração de APAC suspenda a tramitação da análise do ato de concentração, de forma a garantir que o cálculo da multa guarde relação de causalidade com a gravidade do ato, tendo em vista o mercado em que se insere o ato de concentração em questão; e
- (ii) “o estabelecimento de um critério objetivo de dosimetria de multa dentro dos limites fixados em lei”, conferindo, pelo menos em tese, maior previsibilidade no que se refere aos patamares das multas aplicadas pelo CADE nestes casos, ao mesmo tempo que, de acordo com o Presidente, não deixa de proporcionar incentivos para a notificação espontânea.

Com relação à segunda inovação destacada pelo Presidente do CADE, vale a ressalva de que, em seu art. 22, a Resolução permite que, “em casos excepcionais” o Plenário do CADE opte por não aplicar os critérios objetivos para o cálculo da multa, desde que observados os limites legais.

Majorações e reduções da multa

Apesar de já haver, tanto na jurisprudência do CADE¹ quanto no Guia Para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica², critérios a serem utilizados para o cálculo da multa aplicável no caso de consumação indevida de determinada operação econômica, o estabelecimento de critérios objetivos e valores pré-definidos traz mais segurança jurídica e aumenta a previsibilidade.

De acordo com o art. 21 da Resolução nº 24/2019, fica definida pena base no valor de R\$ 60 mil para a qual acrescentam-se até três fatores majorantes da pena, quais sejam:

- (i) o decurso do prazo, no valor de 0,01% da operação a cada dia de atraso contados a partir da consumação até a notificação do ato de concentração ou da determinação de sua emenda pelo órgão antitruste;
- (ii) a gravidade da conduta, que ocasiona o aumento da multa em até 4% do valor da operação; e
- (iii) a intencionalidade, que pode acrescentar à pena valor equivalente a até 0,4% do faturamento médio registrado, pelos grupos econômicos envolvidos, no ano anterior à consumação da operação, conforme a boa-fé do infrator.

Além disso, a Resolução estabelece que a reincidência resultará no cálculo em dobro da pena base e, especificamente no caso de *gun jumping*, a multa será, ainda, acrescida de majorante por decurso de prazo.

No que se refere à redução da multa aplicável, os fatores estabelecidos pela Resolução resumem-se ao momento da notificação:

- (i) 50% no caso de notificação espontânea da operação, antes mesmo do recebimento da denúncia, representação ou instauração do APAC;

¹ Veja-se a este respeito os APACs nº 08700.001886/2019-41 e 08700.003319/2018-49.

² O referido Guia, disponível para consulta em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf, elenca fatores como a má-fé, a situação da operação, a natureza da decisão do CADE, a existência de sobreposição horizontal ou integração vertical resultante da operação e ainda o tempo e o porte econômico do infrator.

- (ii) 30% no caso de notificação após o recebimento da denúncia ou da representação e antes da instauração do APAC; e
- (iii) 20% no caso de notificação após a instauração do APAC, mas antes da decisão final do Tribunal do CADE.

A Resolução estabelece, ainda, que para fins de cálculo da multa aplicável, haverá atualização monetária até o mês de instauração do APAC, por meio da aplicação da taxa SELIC.

A Resolução nº 24/2019 na prática

A Resolução nº 24/2019 traz alterações relevantes com relação ao APAC e, exceto pelo fim da suspensão da tramitação regular do procedimento de análise de atos de concentração, funcionará muito mais como um mecanismo que pretende conferir segurança jurídica e previsibilidade para os administrados do que como um modificador da atuação da autoridade antitruste.

A Resolução também gera claros incentivos à notificação espontânea, ao mesmo tempo que consolida um entendimento que já vinha sendo construído pelo CADE.

* * *

CONTATOS:

Para informações adicionais, entre em contato:

Zeca Berardo

zeca.berardo@lefosse.com

Tel.: (+55) 11 3024 6244

Marcela Pirola

marcela.pirola@lefosse.com

Tel.: (+55) 11 3024 6282]

Juan Dantas

juan.dantas@lefosse.com

Tel.: (+55) 11 3024 6147

Lefosse Advogados

Rua Tabapuã, 1227 14º andar
04533-014 São Paulo SP Brasil

Avenida Presidente Wilson, 231 conj. 2703
20030-905 Rio de Janeiro RJ Brasil