

Boletim
junho 2012**Nova lei de defesa da concorrência entra em vigor**

A nova lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/11) entrou em vigor em 29 de maio de 2012 e alterou significativamente o cenário da defesa da concorrência no país. Os principais desafios estão relacionados à alocação de servidores ao CADE, implementação do novo sistema de análise prévia de atos de concentração e edição de novas regulamentações.

Órgão Único: A nova lei consolida as funções investigativa, persecutória e judicante das autoridades concorrenciais brasileiras em um órgão autônomo. O CADE agora é composto por (i) um Tribunal Administrativo com seis Conselheiros e um Presidente; (ii) uma Superintendência-Geral e (iii) um Departamento de Estudos Econômicos. A Superintendência-Geral é responsável pelas funções da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). A SEAE continua a existir, mas exclusivamente com a função de “promover a concorrência” perante as agências reguladoras e demais órgãos do governo. Um elemento importante na nova lei é a previsão de 200 cargos permanentes no CADE. Esses cargos, todavia, não irão exigir qualificações específicas para a atividade do CADE.

Controle de Concentrações: A nova lei de defesa da concorrência introduziu o sistema de análise prévia de atos de concentração. A consumação de operações antes de sua aprovação pelo CADE sujeitará as partes a multas que variam de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões. Em casos complexos, a lei permite que o Conselheiro Relator autorize as empresas a consumir a operação antes da aprovação do Conselho, sujeitando-as a limitações relativas a (i) liquidação de ativos; (ii) integração de atividades; (iii) demissão de funcionários; (iv) fechamento de lojas; (v) extinção de marcas ou linhas de produto; ou (vi) alteração de planos de marketing. A regulamentação do CADE permite que operações de oferta pública de ações sejam consumadas antes da sua aprovação pelo Conselho, desde que o adquirente não exerça os direitos de voto relativos à participação adquirida ou o faça apenas para preservar seu investimento. A última opção requer, contudo, autorização prévia do CADE.

Taxa processual: A taxa processual de R\$ 45.000,00 foi mantida e alocada inteiramente ao CADE.

Prazo de análise: O prazo máximo para concluir a análise de uma operação é de 330 dias corridos, a contar da data da notificação (o período inicial de 240 dias previsto pela lei pode ser estendido por 60 ou 90 dias). O Regimento Interno do CADE não contém previsão de prazos reduzidos para a apreciação de transações simples.

Prazo para notificação: Não há prazo para notificação. O Regimento Interno do CADE determina que as partes notifiquem o ato de concentração, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. A autoridade deve, no entanto, aceitar notificações apresentadas em um estágio anterior, caso as partes comprovem a intenção de realizar a operação.

Valores mínimos de faturamento para fins de notificação: A nova lei concorrenciais prevê patamares mínimos de faturamento para fins de notificação. A Portaria Interministerial n. 994/2012 estabeleceu que uma parte da operação deve ter registrado faturamento bruto no Brasil de pelo menos R\$ 750 milhões no último ano fiscal, enquanto a outra deverá ter faturamento mínimo de R\$ 75 milhões no mesmo período. Os grupos econômicos do adquirente e do vendedor devem ser considerados no

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SCN - Quadra 4 - Bloco B
6º andar - 70714-900
Brasília, DF - Brasil
Tel: (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

Boletim
junho 2012

cálculo dos faturamentos. Estima-se uma redução de 40% na quantidade de operações notificadas, principalmente no caso de operações envolvendo apenas empresas estrangeiras.

A Resolução n. 2/2012 define “grupo econômico” para os propósitos deste cálculo como (i) as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e (ii) as empresas nas quais qualquer das empresas do item “i” seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% do capital social ou votante.

No caso de transações relativas a fundos de investimento, o faturamento das seguintes entidades deve ser considerado: (i) os fundos que estejam sob a mesma gestão; (ii) o gestor; (iii) os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do item “i”; e (iv) as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

A nova lei também introduziu previsão que permite ao CADE requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrem nos critérios da Lei n. 12.529/11, em até um ano a contar da data de conclusão da operação. Associações de consumidores, fornecedores, clientes e concorrentes podem requerer que o CADE determine a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos critérios de notificação.

Tipos de transações sujeitas à análise: A nova lei prevê que “atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” deverão ser submetidos à apreciação do CADE, contanto que os patamares de faturamento mínimo sejam atingidos. Ainda que as novas previsões especificamente se refiram a “atos de concentração”, a definição é ampla e inclui (i) a fusão de duas ou mais companhias; (ii) a aquisição de controle total ou compartilhado de uma empresa ou ativos de uma empresa ou até mesmo participações minoritárias; (iii) a incorporação de empresa ou (iv) uma *joint venture*, uma associação ou um consórcio de empresas. As disposições não se aplicam a consórcios formados para participação em licitações públicas.

A Resolução n. 2/2012 definiu critérios claros para determinar quando uma aquisição que não envolva mudança de controle estará sujeita à notificação obrigatória. Será este o caso quando: (i) a operação conferir ao adquirente o status de maior investidor individual da empresa-alvo; ou (ii) nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado: (a) aquisição que conferir ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% ou mais do capital social ou votante da empresa investida; (b) aquisição feita por titular de 20% ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% do capital social ou votante; ou (iii) nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado: (a) aquisição conferir participação direta ou indireta de 5% ou mais do capital votante ou social; (b) última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida.

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SCN - Quadra 4 - Bloco B
6º andar - 70714-900
Brasília, DF - Brasil
Tel: (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

Boletim
junho 2012

Crítérios essenciais à análise de fusões: Não houve mudanças relevantes no tocante aos critérios substantivos de análise de fusões no Brasil; espera-se que a jurisprudência formada sob a vigência da Lei n. 8.884/94 balize as futuras decisões do CADE.

Regras de transição: O artigo 221 do Regimento Interno do CADE prevê que transações submetidas enquanto a Lei n. 8.884/94 ainda estava em vigor serão analisadas de acordo com os procedimentos desta e, portanto, não estarão sujeitas à condição suspensiva. Acordos vinculativos executados até 28 de maio de 2012 devem ser notificados ao CADE para análise até 19 de Junho de 2012 e terão aplicadas as disposições da antiga lei.

Ilícitos Concorrenciais: As mudanças mais importantes estão relacionadas aos patamares das multas aplicáveis. As multas variam de 0,1% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa (ou pelo grupo econômico) no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva, no ano anterior à instauração da investigação. O CADE poderá utilizar o faturamento total da empresa quando a informação sobre o faturamento relativo ao ramo de atividade afetado pela conduta não estiver disponível. A Resolução n. 3/2012 estabeleceu de maneira ampla 144 ramos de atividade para fins de cálculo das multas. Em todo o caso, assim como definido na legislação anterior, a multa não poderá ser inferior ao prejuízo causado pela conduta ilícita.

Diretores e executivos considerados responsáveis por condutas anticompetitivas poderão ser punidos com multas que variam de 1% a 20% da multa aplicada à empresa. A responsabilidade individual dependerá de prova de culpa ou negligência na condução dos negócios da empresa.

Programa de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação: A concessão de leniência ao "líder" do cartel agora está disponível e protege o beneficiário da responsabilidade penal por infrações concorrenciais e de outros possíveis crimes previstos em outros estatutos criminais, como fraudes em licitações e a formação de quadrilha. No tocante aos termos de compromisso de cessação de prática (TCC), o CADE agora pode negociar de forma conjunta os diversos requerimentos de TCC relacionados a um mesmo processo. A Superintendência-Geral também está autorizada a propor requerimento de TCC às partes investigadas.

Sanções Criminais: A nova lei estabeleceu que condutas anticoncorrenciais podem ser punidas com pena de prisão de 2 a 5 anos mais o pagamento de multa. O fato de que a multa não é mais uma sanção alternativa à pena de prisão impedirá acordos para suspender condicionalmente os processos criminais.

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SCN - Quadra 4 - Bloco B
6º andar - 70714-900
Brasília, DF - Brasil
Tel: (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

contato@levysalomao.com.br

Ana Paula Martinez
amartinez@levysalomao.com.br

Eric Hadmann Jasper
ejasper@levysalomao.com.br