



Decisão do CADE Sinaliza nova Interpretação de Critério para Submissão de Atos de Concentração

12 de outubro – 18 de outubro, 2008

Autores

- **Cristianne Saccab Zarzur**
- **Lilian Barreira**
- **Marcos Pajolla Garrido**

Sócia e Associados da Área Contenciosa de Pinheiro Neto
Advogados

A Lei nº. 8.884/94, que traz as normas referentes à defesa da concorrência no Brasil, possui disposições bastante amplas no que se refere aos critérios que tornam obrigatória a notificação de atos e contratos para revisão e aprovação pelo CADE¹. De acordo com o *caput* do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, “qualquer ato que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, deverá ser submetido ao exame e aprovação do CADE”.

Nos termos do § 3º do referido artigo 54, incluem-se nesses atos de notificação obrigatória negócios que visem qualquer forma de concentração econômica com efeitos no Brasil e: (i) que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante; ou (ii) em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço igual ou superior a R\$ 400 milhões.

No que diz respeito ao critério do faturamento, a interpretação que tem sido dada até o momento indica que se deve considerar não apenas o faturamento bruto dos participantes do ato notificado, mas também o de seus grupos econômicos, e aquele registrado exclusivamente em território brasileiro (nos termos da Súmula nº. 1 do CADE, publicada no Diário Oficial da União em 18.10.2005).

¹ CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia responsável pelas decisões em âmbito administrativo em processos em curso no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

Compilado para uso exclusivo dos integrantes do escritório. Cópias dos atos noticiados neste boletim podem ser solicitadas à Biblioteca. Orientação legal será dada exclusivamente pelos advogados – © 2008. Direitos autorais reservados a Pinheiro Neto Advogados.



Decisão do CADE Sinaliza nova Interpretação de Critério para Submissão de Atos de Concentração

12 de outubro – 18 outubro, 2008

Em relação ao critério de participação de mercado, o entendimento majoritário do CADE até recentemente indicava ser obrigatória a notificação de operação em que um dos participantes ou requerentes detivesse participação igual ou superior a 20% de determinado mercado relevante, a despeito de essa participação ser, ou não, conseqüência do ato notificado. Em outras palavras, o critério abrangia negócios em que havia participação pré-existente de mercado igual ou superior a 20%, ainda que a outra parte não possuísse qualquer presença no mercado sob análise.

No entanto, recentemente uma nova tendência na interpretação desse critério específico de participação de mercado tornou-se pública e oficial: na 430^a Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida 1º.10.2008, o CADE entendeu, em decisão proferida no ato de concentração de nº. 08012.007026/2008-17², **por unanimidade de votos, que deve haver nexo de causalidade entre a operação notificada e a efetiva verificação do índice de 20% previsto no § 3º do artigo 54 da Lei.** Ou seja, na avaliação da obrigatoriedade de submissão de determinado ato, a participação de mercado deveria ser conseqüência ou ter nexo de causalidade com a operação objeto da notificação e não simplesmente uma posição de mercado previamente detida por um dos participantes.

Assim, de acordo com referida decisão, operações em que o critério de faturamento não é atingido (isto é, nenhum dos grupos participantes da operação tenha registrado faturamento bruto acima de R\$ 400 milhões no Brasil, no último ano), e que envolvam agente econômico que, antes da realização do negócio, já detinha participação igual ou superior a 20% em determinado mercado relevante, mas em que o outro participante não atuava no mercado considerado, não precisarão ser submetidas à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Vale ainda notar que, nos termos do voto-vista do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, será também necessário aferir – para a segurança da não obrigatoriedade de notificação – se igualmente a operação não resulta ou possa resultar em integração vertical de atividades entre as partes.

Tal tendência, trazida na decisão recentemente proferida, não se traduz automaticamente em uma norma, no sentido de que tal entendimento haverá de ser consolidado em uma Súmula do CADE. No entanto, a sinalização dada, e inclusive divulgada em notícia publicada no *website* do CADE, é a de que não será obrigatória a notificação de atos, se observadas, concomitantemente, as seguintes condições:

² Ato de Concentração entre as Requerentes Cintinori Acquisition GmbH e Jost Holding GmbH.



Decisão do CADE Sinaliza nova Interpretação de Critério para Submissão de Atos de Concentração

12 de outubro – 18 outubro, 2008

- 1) Nenhum dos participantes ou dos grupos aos quais pertençam tenha registrado, no Brasil, faturamento bruto igual ou superior a R\$ 400 milhões, no ano anterior à operação (critério este que permanece, portanto, inalterado nos termos da Súmula n.º1 do CADE).
- 2) A operação não acarrete sobreposição horizontal ou resulte ou possa resultar em integração vertical.

Como se trata da primeira decisão nesse sentido proferida pelo CADE, ainda que de forma unânime, será necessária a ratificação desse entendimento em novos julgamentos e até maiores esclarecimentos (como em relação à questão da integração vertical), de modo que seja conferida a devida segurança jurídica aos administrados. Espera-se que isso ocorra por meio da edição de uma Súmula do CADE³.

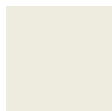
A despeito da necessidade de se aguardar o posicionamento definitivo do CADE – que hoje conta com um quadro renovado de integrantes⁴ -- certamente trata-se de uma interpretação nova da Lei n.º 8.884/94, que deve ser levada em consideração nas avaliações quanto à necessidade ou não de notificação de operações entre empresas.

Se de fato ratificada, caberá aos administrados, em determinados casos, o estudo ainda mais detido e prévio dos mercados envolvidos na operação, especialmente de suas definições em termos de produto ou serviço e escopo geográfico, a fim de se aferir corretamente possíveis relações horizontais e verticais entre os participantes e com isso se avaliar a necessidade de notificação de negócios ao CADE. Portanto, muita cautela ainda se faz necessária na orientação legal às empresas quanto à questão exposta.

Deve-se mencionar que essa nova interpretação do texto da Lei dada pelo CADE pode vir a diminuir a quantidade de notificação de atos e, com isso, otimizar recursos públicos de forma a melhor alocá-los para a revisão e controle de atos e condutas que efetivamente possam suscitar preocupação ou maior complexidade do ponto de vista concorrencial, o que é uma iniciativa positiva não só à Administração quanto aos administrados.

³ Nos termos do Regimento Interno do CADE, somente a edição de uma súmula tornará vinculante a qualquer caso uma interpretação adotada pelo Conselho, sendo que a edição de súmulas ocorre apenas se uma nova interpretação for ratificada em Plenário em pelo menos 10 casos.

⁴ Findo o prazo de dois anos, que já havia sido renovado por outros dois, deixaram o CADE entre os meses de julho e agosto deste ano os Conselheiros Luiz Carlos Delorme Prado, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Ricardo Villas Boas Cueva, além da Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina. Já foram nomeados e fazem parte do novo Conselho do CADE os Conselheiros Emmanuel Joppert Ragazzo, Olavo Zago Chinaglia e Vinícius Marques de Carvalho.



Decisão do CADE Sinaliza nova Interpretação de Critério para Submissão de Atos de Concentração

12 de outubro – 18 outubro, 2008

Não obstante a sempre desejável busca de eficiência do sistema, é importante, porém, que qualquer revisão de posicionamento do CADE, como a aqui tratada, respeite sempre o conteúdo da Lei e seja implementada de forma clara, para que se evite o surgimento de dúvidas conceituais e incertezas jurídicas que já tanto permearam a comunidade jurídica e empresarial quando o tema é apresentação de atos de concentração ao SBDC.

São Paulo, 17 de outubro de 2008.