

ATO DE CONCENTRAÇÃO**Nº 08012.002992/2004-14**

Requerentes: ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding Inc.

Advogados: Tito Amaral de Andrade e Adriana Franco Giannini.

Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Publicação do Acórdão: 24.02.2005

EMENTA

Ato de Concentração. Aquisição de Ações. Negócio Krone. Mercado de Produtos e Serviços de Conectividade. Faturamento das Requerentes no território nacional abaixo de R\$ 400.000.000,00. Participação das Requerentes no mercado relevante abaixo de 20%. Revisão da jurisprudência tradicional do CADE. O critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 leva em conta o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração. Não subsunção ao art. 54, § 3º c/c o art. 2º da Lei nº 8.884/94. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Operação não conhecida. Proposta de edição de súmula.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, não conhecer do presente Ato de Concentração, por não estar subsumido às hipóteses previstas pelo art. 54, § 3º, julgando o processo extinto sem julgamento do mérito, mantendo as taxas recolhidas, tendo em vista a movimentação da máquina estatal e o exercício do poder de polícia no presente caso. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci. Ausente justificadamente o Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe.

Brasília – DF, 19 de janeiro de 2005, data do julgamento da 338ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ROBERTO A. CASTELLANOS PFEIFFER*Conselheiro***ELIZABETH M. M. Q. FARINA***Presidente do Conselho***VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR****ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER(1)**

Nota:

(1) Agradeço a colaboração dos intercambistas Eduardo Guimarães Wanderley e Raquel Nadal na elaboração deste voto.

I – DA OPERAÇÃO

Trata-se de operação da aquisição de todas as ações, pela ADC Telecommunications, Inc., doravante denominada “ADC”, das empresas Krone International Holding Inc., doravante denominada “Krone”, e Krone Digital Communications, Inc., doravante denominado “Krone Digital” e, em conjunto com Krone, “Negócio Krone”, pertencente ao Grupo Gentek Holding Corporation, Inc., doravante denominado “Gentek”.

II – DOS PARECERES ACERCA DA OPERAÇÃO

Manifestaram-se a Secretaria de Direito Econômico – SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, a Procuradoria do CADE – PROCADE, e o Ministério Público Federal, favoravelmente à aprovação do negócio jurídico, sem restrições, dado que ela não se apresenta como nociva ou potencialmente deletéria à concorrência.

Adicionalmente, tanto a PROCADE quanto o Ministério Público Federal opinaram fosse o feito conhecido pelo e. Plenário do CADE, visto que a hipótese em tela subsumia-se ao art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, considerando-se o faturamento global dos Grupos Econômicos dos quais as Requerentes fazem parte, superior aos R\$ 400.000.000,00, embora seja inferior a este valor no território brasileiro.

III – DA SUBSUNÇÃO DA OPERAÇÃO À LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA

III.1 – Da Jurisprudência Tradicional do CADE sobre o Critério de Faturamento

Inicialmente, cabe recordar a evolução do entendimento do CADE a respeito do alcance da regra do art. 54, § 3º, no que tange ao critério do faturamento como requisito à notificação de operações ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O primeiro voto a tratar especificamente desta questão data de 19 de junho de 1996, no julgamento do AC nº 28/95 (Nalco/Exxon Energy Chemicals Brasil Ltda.) relatado pelo ex-Conselheiro Rodrigues-Chaves.

Em tal voto, acompanhado pela totalidade do Conselho do CADE, o Conselheiro-Relator destacou como critério de aplicação da Lei antitruste brasileira o princípio da territorialidade, ressalvadas apenas as convenções e tratados dos quais seja o Brasil signatário, na medida em que reprime os atos contrários à ordem econômica praticados em parte ou no todo do território nacional e o princípio da ubiqüidade, que define sua competência para punir as infrações cometidas no exterior que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional.

O ex-Conselheiro Rodrigues-Chaves concluiu que embora as empresas não fossem participar com 20% do mercado relevante em análise, o fato de uma das participantes (no caso, Nalco/Exxon Energy Chemicals, L.P., controladora da empresa Nalco/Exxon Energy Chemicals Brasil Ltda.) ter vendido, no último exercício, em todo o mundo um total superior a R\$ 400 milhões, tornaria a operação suscetível de apreciação pelo CADE.

Tal entendimento foi reafirmado em diversos outros julgados do CADE. Observe-se a discussão do caso Sherwin Willians/Lazzuril/Elgin(2) no qual a Relatora, ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva assim se manifestou:

Nota:

(2) AC nº 08012.002740/98-02 (Sherwin Willians do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Lazzuril Tintas S.A.) de relatoria da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, julgado em 19 de agosto de 1998. AC nº 08012.002730/98-41 (Sherwin Willians do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Indústrias Químicas Elgin Ltda.) de relatoria da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, julgado em 19 de agosto de 1998.

“É óbvio que o critério de faturamento a ser adotado engloba o montante realizado pelo grupo inteiro, composto por quantas forem as subsidiárias ou sucursais que o constituem. De outro modo, se adotasse como parâmetro o faturamento de uma simples sucursal, estar-se-ia menosprezando dramaticamente o potencial que um grande conglomerado tem de exercer poder econômico; e não é esse o alicerce que sustenta as diretrizes adotadas pelo CADE. A matriz e suas filiais mantêm vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste”.

Tal posição foi referendada por uma série de votos que a seguiram. Nesse sentido, destacou o ex-Conselheiro Márcio

Felsky que “o julgamento do AC nº 28/95 não modificou interpretação, simplesmente porque não se tinha interpretação diferente”. Acrescentou que “na decisão do caso Nalco/Exxon tratou-se de forma explícita a questão do faturamento, sem fazer qualquer menção a que estaria procedendo a qualquer inovação, nem que houvesse qualquer tipo de dúvida por resolver quanto a tal questão” (3).

Nota:

(3) Impugnação aos Autos de Infrações lavrados em razão da aplicação de multa por intempestividade nos AC nºs 08012.002730/98-41 e 08012.002740/98-02.

Percebe-se, outrossim, que os votos(4) que seguiram ao julgamento do AC nº 28/95 consideraram, essencialmente, como critério de conhecimento, o faturamento de R\$ 400 milhões das empresas envolvidas nas operações, ainda no Exterior.

Nota:

(4) Alguns deles: AC nºs 08012.007539/97-22,0000 08012.000396/98-08, 08012.008482/98-23, 08012.004551/98-01, 08012.006734/98-43, 08012.006784/98-11, 08012013759/97-98, 08012.008108/98-37, 08012.013759/97-98, 08012.002197/98000, 08012.000229/98-68, 08012.005272/98-74, 08012.008374/98-51, 08012.009108/98-72, 08012.004064/98-11, 08012.007088/98-66, 08012.002672/98-46, 08012.004166/98-91, 08012.000918/98-63, 08012.009205/98-29, 08012.008288/98-11, 08012.000059/99-11, 08012.002809/98-17, 08012.004166/98-91, 08012.000780/99-29, 08012.001776/98,000 08012.000297/99-07, 08012.000467/99-27, 08012.001425/99-12, 08012.008895/98-53...

No entanto, em duas ocasiões (AC nº 123/97 e AC nº 08012.007992/97-93), o ex-Conselheiro Antônio Fonseca, embora vencido, apresentou voto no sentido de que o faturamento a ser considerado deveria restringir-se ao mercado nacional. Quando do julgamento do AC nº 132/97, entendeu que:

“Está fora de qualquer propósito considerar o faturamento de uma das empresas estrangeiras para efeito de se aplicar o § 3º, art. 54, da Lei nº 8.884/94. O presente Estatuto visa preservar e desenvolver uma concorrência efetiva no mercado nacional. Para esse efeito, a análise de um ato de concentração poderá levar em conta a estrutura de mercados e a concorrência real e potencial das empresas situadas no território nacional ou fora dele. O faturamento, porém, como requisito de jurisdição, deve unicamente se referir a empresas que, direta ou indiretamente, exerçam influência no comportamento concorrencial, mediante o controle de um player efetivo no mercado doméstico (grifo nosso)”.

Assim, o ex-Conselheiro Antônio Fonseca entendia que, caso a concentração resultante fosse inferior a 20%, apenas deveriam ser notificados os atos em que as empresas envolvidas registrassem faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões no Brasil. Justificava esse entendimento por intermédio de uma interpretação teleológica da Lei, uma vez que “o legislador visou preservar e desenvolver uma concorrência efetiva no mercado nacional”, devendo o faturamento “se referir a empresas que, direta ou indiretamente, exerçam influência no comportamento concorrencial, mediante o controle de um player efetivo no mercado doméstico (grifo nosso)” (5).

Nota:

(5) AC nº 132/97, Requerentes: Aticus Corporation e Texas Instruments, Inc.

Posteriormente, quando do julgamento do AC nº 08012. 007992/97-93 (BBA Overseas Holdings Limited e Rhodia-Ster Fibras Ltda.), o ex-Conselheiro Antônio Fonseca retoma a tese defendida no AC nº 123/97, com uma variação:

“No caso de simples compra e venda de ativos, isto é, com ausência de integração ou concentração, deve ser considerado o faturamento das empresas do Grupo adquirente, atendendo à jurisprudência do CADÉ. No entanto, parece razoável que esse faturamento somente incluía as empresas que atuam no território geográfico do mercado relevante. Daí, se o mercado relevante não vara o território nacional para incluir algum mercado estrangeiro, não se pode tomar o faturamento das empresas do Grupo que atuam fora do território nacional”.

Essa discussão foi reaberta com as manifestações do ex-conselheiro Fernando de Oliveira Marques. No julgamento(6) do AC nº 08012.002875/2002-99 (Regis Corporation e Gameo International Limited), o ex-conselheiro Fernando de Oliveira Marques, relator do Ato de Concentração, assim se manifestou:

Nota:

(6) 18 de setembro de 2002.

“No caso em tela, o fato de a operação acarretar simples entrada de agente econômico no país já aponta que a operação não terá impactos relevantes do ponto de vista concorrencial, haja vista que não acarretará em concentração horizontal ou integração vertical. Entretanto – apesar de concordar com os argumentos expostos pelo Conselheiro Thompson Andrade no voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.004467/2001-91, que fundamentam a extinção do processo sem julgamento do mérito – atesto a necessidade de se aliar outro critério que, seguramente, afaste a hipótese de uma operação relevante não ser apresentada ao CADE sob a justificativa de se tratar de simples alteração de players. O critério, ao meu ver, necessário para verificar a adequação, ou não, da operação ao art. 54 e seu § 3º é o faturamento ou volume de negócios, no Brasil, dos partícipes do ato de concentração.

No caso em tela, conforme já mencionado, a operação consiste em mera entrada da Regis no mercado nacional, dada a ausência de qualquer atuação anterior no Brasil. Resta, portanto, verificar se algum dos grupos envolvidos na operação apresentou faturamento bruto anual ou volume de negócios no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00, dispostos pelo § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

A aplicação do § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, nesse caso, é mais restrita, justamente em função da natureza da operação. Visto que não se verificará concentração horizontal ou integração vertical como consequência da operação, cabe atentar, para o poder econômico das empresas no país.

Isso porque, caso o Grupo Adquirente disponha de faturamento ou volume de negócios, no país, superior ao estabelecido em lei, atesta-se a possibilidade de influir na dinâmica do mercado concorrencial, simplesmente em razão de seu poder financeiro decorrente de seu faturamento. Da mesma forma, se o Grupo Alienante possui tal faturamento ou volume de negócio, atesta-se a possibilidade de transferência de ativos ou negócios importantes para o mercado”.

Com base no exposto, divergente da jurisprudência do CADE consolidada desde 1996, o ex-Conselheiro Fernando Marques entendia que o critério a ser adotado para verificar a subsunção de uma operação às hipóteses do art. 54, § 3º, é o faturamento dos grupos econômicos no Brasil quando a operação não implicar em concentração horizontal ou integração vertical. No entanto, tal posição restou sempre vencida, prevalecendo a tese de que se deveria adotar o faturamento mundial dos grupos empresariais envolvidos nos atos de concentração.

III. 2 – Da Proposta de Revisão da Jurisprudência Tradicional do CADE

Não obstante os pareceres mencionados no item II *supra*, favoráveis ao conhecimento da operação e posterior aprovação sem restrições, urge que se atente para uma leitura sistemática dos dispositivos que concernem à aplicabilidade da Lei de Defesa da Concorrência, procedendo-se a uma interpretação que busque a verdadeira vontade almejada pelo legislador quando da redação do referido diploma legal.

Proponho, assim, seja efetivada uma revisão da tradicional jurisprudência do CADE a respeito do critério de faturamento para notificação dos atos de concentração. Para tanto, faz-se imprescindível a leitura do art. 2º, *caput*, combinado com o art. 54, § 3º do referido diploma legal. Diz o art. 2º:

“Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

Da leitura do artigo em tela, resta evidente que é requisito para que se opere a aplicação da Lei nº 8.884/94, a quaisquer práticas cometidas, sejam os atos realizadas no território nacional, ou que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional.

Tal entendimento é exposto, com muita propriedade, no voto-vista do ex-Conselheiro Celso Campilongo, no AC nº 08012.002992/02004- 14, *in verbis* :

“A Lei Antitruste nacional optou pelo princípio da territorialidade dos efeitos, ou territorialidade objetiva, para definir sua competência em face de operações ou comportamentos que, mesmo ocorridos no Exterior, possam produzir efeitos no território nacional.

Portanto, [...], o art. 2º da Lei Antitruste aplica-se, exclusivamente, às práticas que, mesmo cometidas fora do território nacional, nele produzam ou possam produzir efeitos econômicos (grifo original). De modo singelo: sem efeitos no Brasil, ainda que potenciais, a Lei nº 8.884/94 é inaplicável a práticas ocorridas no Exterior.”

Da mesma forma, já manifestei em diversas oportunidades inclusive não conhecendo atos de concentração que não eram aptos a surtir quaisquer efeitos no âmbito do território nacional. A este respeito reproduzo as seguintes considerações:

“Sabe-se que hoje considerável parcela dos Atos de Concentração apresentados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são decorrentes de operações efetuadas no estrangeiro. Assim, ganha relevo analisar se elas apresentam no mínimo potenciais efeitos à estabilidade concorrencial no Brasil, ou mesmo alguma influência no mercado interno.

[...]

Ora, o art. 2º da Lei nº 8.884/94 é bastante incisivo ao determinar o âmbito local de aplicação da Lei. Qualquer prática, ato, ou operação somente deverá ser analisado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se for praticado no Brasil, ou que em seu território produza ou possa produzir efeitos. Trata-se nesse sentido da aplicação dos princípios da territorialidade e da ubiqüidade.

[...]

Com base na aplicação de uma interpretação sistemática do dispositivo legal referido, entendo que a indicação de qual é o ambiente concorrencial presumivelmente afetado por tais atos está exatamente na previsão legal do art. 2º, ao se delimitar o território nacional como âmbito de aplicação da Lei nº 8.884/94”(7).

Nota:

(7) Vide meu Voto de Vista no AC nº 08012.009254/2002-36. Conselheiro-Relator Fernando Marques.

Denota-se, por conseguinte, que a subsunção do caso concreto ao art. 2º, constitui-se em condição sine qua non para a aplicabilidade de quaisquer dispositivos da Lei nº 8.884/94. Limita-se, portanto, o campo de aplicação dos art. 54 e seus parágrafos, àqueles casos em que há produção ou possibilidade de efeitos significativos em território nacional . Da combinação do art. 2º com o art. 54, surge a seguinte leitura:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência [no território nacional] , ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

Partindo de tal interpretação, eis que resta facilitado o entendimento do § 3º do artigo supra. Diz tal parágrafo que:

“Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresa resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

Logo, aplica-se o art. 54 da Lei Antitruste brasileira àqueles atos de concentração que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência no território nacional, que impliquem em participação de empresa ou grupo de empresa resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00.

Discute-se, contudo, se o requisito do faturamento bruto deve ser considerado vis-à-vis a totalidade do grupo econômico globalmente considerado ou apenas em razão das receitas advindas de suas atividades relacionadas com o Brasil.

Não se pode perder de vista que o critério de faturamento foi eleito pelo legislador por ser representativo da dimensão da operação. Em outras palavras, presumiu-se que operações de elevada monta poderiam impactar com maior freqüência o ambiente concorrencial, merecendo, assim, análise das autoridades de defesa da concorrência, em razão do porte das empresas envolvidas.

Resta claro, neste contexto, que a operação somente terá uma dimensão significativa em função da importância da empresa para o mercado brasileiro quando o faturamento no Brasil for de grande porte. Entende-se que o faturamento, para tal finalidade, deve ser apurado em razão de todas as atividades que gerem efeitos no território brasileiro, incluindo-se as receitas advindas de exportação ao Brasil. Assim, a regra do art. 54, § 3º da Lei nº 8.884/94 somente faz sentido caso o faturamento nele previsto seja adstrito ao território nacional. Deixo claro, ainda, que o faturamento a ser observado não é apenas o da empresa que participa do ato de concentração isoladamente, mas o do grupo econômico ao qual ela pertence. No entanto, o faturamento do grupo econômico a ser considerado restringe-se as receitas obtidas em suas atividades relacionadas ao território brasileiro. Com efeito, a presunção relativa de impacto da operação em razão da dimensão do agente econômico envolvido somente faz sentido nas hipóteses em que o grupo empresarial apresenta porte significativo no território nacional, motivo pelo qual deve ser observado exclusivamente o faturamento das suas atividades relacionadas com o Brasil.

Cabe ressaltar que, ao lado da variável faturamento há um outro critério objetivo a nortear a obrigação de notificação: a participação de mercado das empresas envolvidas na operação ser igual ou superior a 20% do mercado relevante. Ou seja, nas situações em que as empresas envolvidas na operação tiverem participação igual ou equivalente a 20% do mercado relevante atingido será obrigatória a notificação, independente do valor do faturamento.

A reforçar o acerto da exegese de que o faturamento a ser dimensionado deve levar em consideração exclusivamente o território nacional cumpre mencionar que a generalidade das operações analisadas pelo CADE envolvendo empresas que

possuem no Brasil faturamento inferior a R\$ 400.000.000,00 não apresentou qualquer impacto significativo no território nacional. Aliás, bastante sintomático que os pareceres da SEAE têm disposto que os atos de concentração efetuados fora do território nacional, cujos requerentes possuem faturamento bruto globalmente considerado superior a R\$ 400.000.000,00, mas faturamento no território nacional inferior a tal montante, além de participação inferior a 20% no mercado relevante, de forma alguma são ou podem vir a ser considerados prejudiciais à concorrência, devido à insignificância de sua participação e de seu faturamento, em território nacional(8).

Nota:

(8) Vide Parecer Técnico SEAE nº 06637/2004/RJ; Parecer Técnico SEAE nº 06011/2004/DF; Parecer Técnico SEAE nº 06631/2004/RJ; Parecer Técnico nº 06579/2004/RJ; dentre outros. Cite-se, a título exemplificativo, trecho do Parecer Técnico SEAE nº 06011/2004/DF, em que “[...] a presente operação se trata de uma aquisição mundial, de empresa fora do país e que exerce atividade mínima em território nacional, e não afeta, de forma relevante, o mercado brasileiro”. Outrossim, registre-se trecho do Parecer Técnico SEAE nº 06579/2004/RJ, que conclui que “[...] a operação não enseja preocupações do ponto de vista concorrencial”, uma vez que “[...] o faturamento, no Brasil, da empresa GXS foi de, aproximadamente, R\$ 15 mil (US\$ 5 mil) e do Grupo Francisco Partners foi de R\$ 17,37 milhões, em 2003, sendo tais valores inferiores a R\$ 400 milhões [...]”.

Ademais, observe-se que do total de atos de concentração aprovados com alguma restrição pelo Conselho do CADE nos últimos três anos – 2002, 2003 e 2004 –, apenas em um deles (de um total de 67)(9), as requerentes apresentaram faturamento bruto em território nacional e participação em mercado relevante nacional inferiores a R\$ 400 milhões e 20%, respectivamente. Nada obstante, a condição imposta à aprovação da operação referia-se à mera redução de cláusula contratual de não-concorrência para 5 anos, determinação efetivada independentemente dos efeitos da operação no ambiente concorrencial. Assim, é possível afirmar que em todas as operações que sofreram restrições por de produzirem efeitos anticoncorrenciais, o faturamento das empresas no Brasil era igual ou superior a R\$ 400 milhões, ou havia concentração de mercado acima de 20%. Em outras palavras, no período analisado jamais observou-se qualquer impacto anticoncorrencial de operação entre empresas com faturamento inferior a R\$ 400 milhões no território brasileiro ou que concentrasse parcela inferior a 20% do mercado relevante envolvido.

Nota:

(9) Vide Ato de Concentração nº 08012.002227/2001-51.

Assim, tanto pelo prisma econômico como jurídico, resta claro que atos ocorridos fora do território nacional entre empresas estrangeiras que tenham faturamento inferior ao requerido pela Lei Antitruste no território brasileiro não devem ser conhecidos pelo Plenário do CADE, salvo se a soma das participações de mercado das empresas envolvidas ultrapassar o índice de 20% do mercado relevante atingido.

Assevere-se que relatório do subgrupo *Notification and Procedures do Merger Group da International Competition Network*, datado de setembro de 2002(10), divulgou uma lista de três(11) recomendações a nortear os procedimentos de notificação e análise de operações de concentração econômica pelas autoridades de defesa da concorrência.

Nota:

(10) *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*.

(11) As duas primeiras recomendações referem-se ao estabelecimento de critérios de notificação: (1) existência de um nexu Jurisdicional – somente as operações que possam afetar o território sob jurisdição de determinada agência de defesa da concorrência devem ser apresentadas e analisadas pela autoridade antitruste; (2) critérios claros e objetivos de notificação. A terceira recomendação refere-se ao momento em que determinada operação deve ser notificada.

A primeira recomendação intitulada “*nexus to reviewing jurisdiction*”. Assenta que somente operações que possam afetar a concorrência doméstica devem ser analisadas pelas autoridades de defesa da concorrência. Utilizando-se da idéia de “nexu jurisdicional” defendem os integrantes deste grupo que a operação, para ser analisada, deve poder, ainda que potencialmente, produzir efeitos no território de determinado país.

Acredita-se que a análise de operações sem qualquer nexo com a jurisdição acarreta custos desnecessários às agências de defesa de concorrência, implicando o comprometimento de recursos que deveriam estar alocados na análise de operações que realmente tenham o potencial de afetar a concorrência doméstica.

Dentre os critérios objetivos sugeridos para dimensionar o “nexo jurisdicional”, estão os de faturamento e volume do negócio adquirido. Destaque-se que, conforme expressa menção no citado relatório, esses critérios devem estar relacionados à jurisdição doméstica em que se exige a notificação. Em razão disto, deve-se considerar o faturamento das empresas observado naquela jurisdição(12).

Nota:

(12) O faturamento mundial, por exemplo, das empresas envolvidas, não precisa necessariamente ser descartado, poderá ser tomado como um pré-requisito adicional de notificação, porém não suficiente para submeter a operação à análise.

Em consulta aos critérios de notificação em outras jurisdições, pode-se perceber que, em várias delas, ou o critério do faturamento mundial é afastado ou é associado ao faturamento das empresas no país em que foi apresentada a operação. Esse é o caso da Argentina, Bélgica, República Tcheca, Dinamarca, União Européia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Israel, Itália, México, Países Baixos, Portugal, Espanha, Suécia e Suíça. Assim, a experiência internacional também abona a interpretação que ora se propõe, a qual permite uma maior racionalização das atividades do SBDC, que pode concentrar esforços em atos e práticas aptos a efetivamente gerarem efeitos no território brasileiro.

Resta, por último, esclarecer uma circunstância que eu, em diversos votos, apontei como um obstáculo à revisão da jurisprudência tradicional do CADE a respeito da matéria: a segurança jurídica. Melhor esclarecendo, em diversas vezes posicionei-me no sentido de que a revisão da jurisprudência tradicional nesta matéria somente deveria ser efetivada por intermédio de um instrumento que conferisse segurança jurídica aos administrados que não poderiam arriscar-se ao sabor de divergências jurisprudenciais.

Com a proposta do CADE de adotar súmulas que espelhem entendimentos dominantes, creio que a matéria, caso adotada por efetiva maioria possa vir a ser sumulada e, assim, conferir a necessária segurança para que as empresas que tenham no Brasil faturamento inferior a R\$ 400.000.000,00 envolvidas em atos de concentração que não alcancem 20% do mercado relevante deixem de notificar a operação sem correrem o risco de serem sancionadas posteriormente.

Neste contexto, caso haja a concordância do Plenário do CADE, atingindo-se a maioria dos votos necessários para tanto, e tal interpretação venha a ser reiteradamente adotada, proponho seja editada súmula com a seguinte redação: “Na aplicação do disposto do art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, será considerado o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupos de empresas participantes do ato de concentração.”

IV – CONCLUSÃO

No caso em tela, em relação às atividades desenvolvidas no território brasileiro em 2003, o faturamento do Grupo ADC foi de R\$ 7,08 milhões e o faturamento da Krone foi de 8,84 milhões, havendo a SEAE se manifestado no sentido de que a operação possuía “efeitos pouco significativos” e que não “trará nenhum prejuízo à livre concorrência”(13).

Nota:

(13) Parecer Técnico SEAE, fl. 286 dos autos.

Resta claro, assim, que o faturamento de ambas as empresas, no Brasil, é inferior a R\$ 400.000.000,00. Igualmente, a participação de mercado da empresa resultante é inferior a 20%.

Desta forma, não conheço da presente operação, por não estar subsumida às hipóteses previstas pelo art. 54, § 3º, julgando o processo extinto sem julgamento do mérito. Mantenho as taxas recolhidas, tendo em vista a movimentação da máquina estatal e o exercício do poder de polícia no presente caso.

No entanto, se vencido na preliminar atinente à subsunção da operação à Lei nº 8.884/94, aprovo-a sem restrições, em conformidade com os pareceres oferecidos pela douts SEAE, SDE, pela ProCADE e pelo Ministério Público. Considerando que o contrato foi celebrado em 25 de março de 2004 e que a operação foi apresentada ao órgão competente em 14 de abril de 2004, declaro a apresentação tempestiva.

É o voto.

Brasília, 19 de janeiro de 2005.

