

# Momento da Notificação de um Ato de Concentração

Ruy Santacruz<sup>1</sup>

*Sumário: I — Introdução. II — Jurisprudência Recente do CADE. III — Momento da Notificação de Atos Concentradores de Mercado. IV — Momento da Notificação de Atos que não Concentram o Mercado. V — Considerações Finais.*

## I — Introdução

Uma das grandes linhas de ação da defesa da concorrência consiste no controle preventivo das estruturas de mercado, com a autoridade antitruste intervindo em atos de concentração econômica (em geral, integrações verticais e concentrações horizontais de mercado<sup>2</sup>) que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência.

A ação preventiva sobre a estrutura dos mercados é considerada a função antitruste mais importante diante das dificuldades encontradas para se identificar e reprimir condutas anticompetitivas. Os especialistas em geral consideram mais eficaz controlar as estruturas dos mercados, mantendo-os competitivos e menos sujeitos ao abuso do poder de mercado, do que coibir as condutas ilegais. Ou seja, seria melhor prevenir (prevenção na forma do controle das estruturas dos mercados) do que remediar (reprimir, punindo as condutas anticoncorrenciais já efetuadas). Scherer<sup>3</sup> ao analisar as duas linhas de intervenção antitruste (repressiva e preventiva) dá a sua opinião: “Não seria um artifício dizer que a política preventiva está para a conduta oligopolista como a cirurgia está para a aplicação contínua de remédios”. Para o autor, o papel da política antitruste seria o de manter as estrutu-

1 Ex-conselheiro do CADE. Doutor em Economia Industrial pelo IE/UFRJ.

2 O CADE vem exigindo a notificação de atos que não concentram mercados horizontalmente, nem integram mercados verticalmente. Esses atos de “conglomeramento”, porém, são sempre aprovados segundo a melhor jurisprudência internacional e também brasileira. Assim, como não há possibilidade de intervenção, a exigência da apresentação desse tipo de operações é um custo desnecessário para as empresas e para a administração. Nesse sentido, o CADE torna-se parte do chamado “Custo Brasil” e uma barreira à entrada em mercados.

3 F.M.Scherer, “Merger Policy in the 1970s and 1980s”, p.83, 1988. O autor, além de um dos maiores especialistas de Organização Industrial da atualidade, conhece bem a questão, uma vez que comandou a Federal Trade Commission dos EUA nos anos 70.

ras de mercado suficientemente concorrenciais, o que garantiria condutas automaticamente virtuosas. Possas<sup>4</sup>, considera que “essa percepção representou uma importante guinada na concepção teórica da ação antitruste, ao introduzir com grande destaque a dimensão preventiva. Na verdade, é possível ir mais longe e considerar que toda intervenção antitruste é e deve ser, direta ou indiretamente, essencialmente preventiva... Em particular, a prática de preços monopolísticos — o exercício de poder de mercado por excelência... —, seria uma conseqüência espontânea de posições estruturalmente monopolísticas ou semelhantes; mas seu controle *ex post* com um mínimo de eficácia envolveria um aparato de monitoração e controle de preços inviável econômica e politicamente numa economia de mercado, razão pela qual é sistematicamente desconsiderado na prática antitruste universal... Em geral, operações que implicam aumento considerável do grau de concentração em mercados caracterizados por elevado nível de barreiras à entrada e baixo dinamismo tecnológico, além de não apresentarem evidências da geração de ganhos de eficiência produtiva significativos, tendem a não ser autorizadas pelas agências antitruste”.

O objetivo, portanto, é intervir nas operações que criam condições para o aumento dos preços, para a imposição de condições comerciais desfavoráveis a clientes e fornecedores (aumento do poder de mercado), drenando renda destes de forma compulsória, reduzindo a oferta de bens e serviços, diminuindo o lançamento de novos e diferentes produtos etc. Tais operações podem ser aprovadas se sua implementação trouxer ganhos inerentes à operação, *que compensem* o prejuízo causado à coletividade. Sem essas condições, não pode ser aprovada. Aprová-la seria descumprir a lei e representaria uma omissão da autoridade diante do poder dever de proteger a coletividade de atos ilegais. E não há dúvidas de que uma operação que eleva o poder econômico e permite ou facilita o exercício do poder de mercado é legal perante a Lei nº 8.884.

Por outro lado, intervenções parciais — que não determinam a desconstituição do ato — podem ser implementadas, desde que fique inequivocamente demonstrado que as condições da concorrência após a intervenção serão mantidas pelo menos no mesmo nível que ficariam se fosse determinada a desconstituição. Se assim não for, também estará o aplicador da lei indevidamente abrindo mão do seu dever de garantir o direito da coletividade, agindo na defesa do interesse particular.

O art. 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa observará os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa

4 Mário Possas, II Curso de Defesa da Concorrência – CADE 1999.

do consumidor, entre outros. A proteção do consumidor se dá, dentre outras maneiras, através da garantia da livre concorrência. Visando assegurar esses princípios, o legislador entendeu necessário proteger a livre concorrência através de lei específica, ao estabelecer no parágrafo 4º, art. 173, também da Carta Magna, que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Segundo o ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins<sup>5</sup>, “A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, à procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas-mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência”.

Tendo em vista o comando constitucional, a Lei nº 8.884 (de defesa da concorrência), no seu art. 1º, “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”, identificando a coletividade como a titular dos bens jurídicos por ela protegidos. Para a consecução do seu fim, conferiu-se ao Plenário e aos Conselheiros desta Autarquia poderes para prevenir e reprimir o exercício do poder econômico. Tais poderes, contudo, por serem atribuídos aos agentes públicos, gestores dos interesses da coletividade, adquirem conotação de um poder-dever. Nesse sentido a lição do emérito doutrinador Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>:

“Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que o detém pois, não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem a sua atuação.”

Sendo assim, o art. 54 da Lei nº 8.884/94 prevê que os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar de alguma forma a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. Determina, então, que

5 In “Comentários à Constituição do Brasil”.

6 Direito Administrativo Brasileiro – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 18ª edição.

os atos de concentração econômica (fusão de empresas, incorporação, aquisição, constituição de *joint venture*, etc.), que resultem em participação de mercado superior a 20%, ou quando delas fizer parte grupo empresarial com faturamento no mundo superior a R\$ 400 milhões (uma empresa grande), sejam obrigatoriamente notificados ao CADE no prazo máximo de quinze dias úteis da sua realização. A multa prevista pela não-apresentação varia de 60 mil a 6 milhões de UFIR.

É sempre válido ressaltar que o ato não precisa necessariamente limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência para existir a obrigação da notificação. Basta que ele se enquadre nos critérios de admissibilidade do art. 54 (*caput* e parágrafo 3º). Após a análise, o CADE pode concluir que o ato não prejudica a concorrência, razão pela qual é aprovado sem condições. Porém, os participantes de atos enquadrados no art. 54, mesmo aqueles aprovados incondicionalmente, que não foram apresentados no prazo fixado (parágrafo 4º), serão multados com base no seu parágrafo 5º. Trata-se de sanção administrativa semelhante àquela aplicada quando do atraso na declaração do imposto de renda. Não se trata de conduta tipificada como infração à ordem econômica. Constatada a ausência de notificação no prazo legal, cabe ao CADE apenas arbitrar o valor da multa com base nos critérios previstos no art. 27 da Lei nº 8.884. Não há que se comprovar a existência de quaisquer efeitos anticoncorrenciais decorrentes do ato empresarial sobre o mercado.

Assim, na prevenção antitruste, é fundamental definir o *tipo de ato* que se deseja examinar e o *momento* no qual sua apresentação é exigida. O respeito ao prazo legal é de fundamental importância para a aplicação eficaz da lei. Não é uma exigência acessória ou de menor importância. Pelo contrário, qualquer forma de leniência com esse prazo incentiva a apresentação retardatária, com evidente perda de eficiência da análise antitruste e das eventuais intervenções necessárias para garantir as vantagens do processo concorrencial nos mercados. Diante disso, o que se discute nesse texto é justamente o momento da notificação fixado na lei.

## II — Jurisprudência recente do CADE

Apesar da importância da questão, a discussão sobre o momento em que surge o dever de comunicar a realização de um ato enquadrado no art. 54 da lei de defesa da concorrência ganhou corpo, no Brasil, somente a partir de 1998, na decisão do Ato de Concentração nº 168/97, de interesse das empresas Plus Vita S/A e Van Mill Produtos Alimentícios Ltda. Até então, o CADE, sem maiores reflexões, vinha considerando o fechamento da operação como o ato que dispara o prazo do parágrafo 4º, art. 54, da Lei nº 8.884. O prazo seria disparado antes do fechamento da operação apenas no caso de haver ao longo da

realização dos atos constitutivos da operação algum mecanismo que implicasse compartilhamento explícito da política comercial das Requerentes, como, por exemplo, no AC Mahle — Metal Leve, em que diretores da empresa adquirida eram indicados pela empresa compradora.

No caso Plus Vita — Van Mill o então conselheiro Antônio Fonseca modificou esse entendimento, sustentando, em seu voto, que não é o fechamento da operação que gera a obrigação da notificação, mas o momento em que esta passa a irradiar seus efeitos sobre o mercado. Nas suas palavras: “O que importa, portanto, para efeito de contagem do prazo de apresentação é o momento, efetivo ou presumido, a partir do qual o agente adquire a capacidade efetiva ou jurídica de influir no comportamento concorrencial, como um *plus* decorrente da operação submetida ao CADE”.

O entendimento do ex-conselheiro do CADE Antonio Fonseca a respeito do momento da apresentação de um ato de concentração estabeleceu uma nova leitura do *caput* do art. 54, que determina que atos sob qualquer forma manifestados (e não apenas atos de fechamento de operações), que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência (mas que não necessariamente tenham prejudicado), precisam ser notificados. Assim, o comando para a apresentação seria fornecido pela expressão “(atos que) possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência”, o que incluiria atos realizados antes do fechamento da transação. Esse entendimento foi decisivo na formatação da Resolução CADE nº 15, que dispõe no seu art. 2º que: “O momento da realização da operação, para os termos dos parágrafos 4º e 5º do art. 54 da Lei nº 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”.

No Ato de Concentração American Home Products — Solvay, a Procuradoria do CADE ressaltou que “A Lei nº 8.884/94, ao regular o controle preventivo dos atos de concentração, não estabeleceu qualquer limitação subjetiva quanto à forma... Assim, protocolos, memorandos, qualquer outro ato produzido tendente à concentração, acordos entre concorrentes, ou aquisição de controle societário, atendidos os termos do parágrafo 3º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94, devem ser submetidos à apreciação do CADE... independentemente de vir a existir ‘data de fechamento’<sup>7</sup>”. Também observou que o art. 54 não define a espécie de ato, referindo-se textualmente ao vernáculo *qualquer*, e que a realização de um negócio jurídico resulta de um conjunto de atos — que se inicia com um ato precário e inacabado mas tendente à concretização do negó-

7 Em parecer do Dr. Chandre de Araújo Costa.

cio. Finalmente, considerou que “se a lei facultou ao interessado a comunicação prévia do ato, e também conferiu efeito suspensivo ao ato, é por entender relevante o controle dos atos o mais imediato possível. Admitir-se a apresentação em prazo posterior... retarda a ação dos órgãos de regulação do mercado e torna oneroso o seu distrato...”.

Na análise desse ato o plenário do CADE reafirmou “o entendimento do colegiado de que a data da assinatura de um contrato, ou mesmo de seu definitivo fechamento, pode ou não se constituir na referência para efeito da contagem do prazo previsto no parágrafo 4º do art. 54. Tudo depende do momento em que de fato se observa alteração nas relações de concorrência<sup>87</sup>”. E concluiu que as relações de concorrência são alteradas já na assinatura de um primeiro documento vinculativo entre as partes (como por exemplo um Compromisso ou Acordo de Compra e Venda), antes portanto do fechamento da operação, no caso de atos concentradores de mercado, isto é, que implicam concentração horizontal ou integração vertical de mercados.

Já nas operações que não concentram mercados, isto é, que delas participam empresas que atuam em mercados relevantes diferentes, o CADE entendeu, naquele momento, que as relações de concorrência são alteradas apenas no fechamento da operação. Assim, no Ato de Concentração Dana — Echlin, o conselheiro-relator, diante de uma operação conglomerada, onde não se verificou concentração horizontal, nem integração vertical, assim se manifestou: “Não havia nenhuma relação prévia entre as requerentes que pudesse ser alterada pelo primeiro contrato, nem qualquer motivo para imaginar que seus comportamentos nos seus respectivos mercados poderiam ser alterados já antes da incorporação propriamente dita. Assim, e dado que o primeiro contrato entre as empresas não inclui nenhum tipo de cláusula que implique qualquer redução significativa da independência das partes ou que possa sugerir uma antecipação da incorporação, considero que tal documento não constitui o momento de início de contagem do prazo para notificação nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94”.

No Ato de Concentração Devida — Tessengerlo Chemie o conselheiro-relator argumentou: “A análise do referido contrato mostra que as cláusulas que tratam das pré-condições para o fechamento do negócio dizem respeito à manutenção do curso normal dos negócios, de forma consistente com as práticas seguidas pela empresa até então... Igualmente ficou comprovado *não serem as requerentes concorrentes* no mesmo mercado relevante. Dessa forma, considero o momento econômico de concretização da operação como sendo, de fato, a data de fechamento e, portanto, não houve intempestividade na apresentação do ato”.

87 Voto de vista vencedor da decisão.

Dessa maneira, o CADE estabeleceu uma distinção quanto ao momento da notificação entre atos concentradores de mercado (horizontais ou verticais) e atos que não concentram mercados.

### III — Momento da Notificação de Atos Concentradores de Mercado

Os atos enquadrados no art. 54 da Lei nº 8.884/94 podem ser divididos entre os que concentram mercados (concentração horizontal ou integração vertical) e os que não concentram mercados. Na análise do momento em que surge a obrigação da notificação de atos *concentradores de mercado*, a reapreciação da questão da tempestividade no referido Ato de Concentração nº 168/97, de interesse das empresas Plus Vita S/A e Van Mill Produtos Alimentícios Ltda., — operação que resultou em concentração horizontal de mercado —, também teve importância na mudança de entendimento do CADE.

Na ocasião, apresentei voto do qual transcrevo partes que considero relevantes para a definição do momento da notificação de atos concentradores de mercado, isto é, atos que impliquem em concentração horizontal ou integração vertical de mercados.

“... é possível afirmar que o primeiro documento vinculativo entre as partes já se constitui num poderoso instrumento inibidor da concorrência. De fato, parece-me mais rara uma situação na qual duas empresas firmam um entendimento prévio quanto a uma aquisição ou fusão e continuem concorrendo da mesma forma que antes. Suponho que, de um modo geral, a assinatura de um contrato de compra e venda mesmo sujeito a cláusulas preliminares e condições futuras altera o relacionamento entre as partes no mercado.

Após a assinatura de um contrato dessa natureza, certamente as estratégias agressivas para tomar clientes da empresa compradora cessarão (ou se reduzirão, o que dá no mesmo). O lançamento de produtos novos para concorrer em fatias do mercado ocupadas pela empresa a ser adquirida também fica temporariamente suspenso. A redução de preços visando deslocar vendas da outra parte, ou a realização de investimentos de entrada em áreas geográficas onde uma das partes tem maior presença, certamente ficam congeladas. Desse modo, considero que *todo e qualquer entendimento* entre as partes visando qualquer tipo de associação futura, na forma de aquisição, fusão, constituição de *joint-ventures etc.*, *tem forte poder inibidor nas relações de concorrência entre as partes, muito provavelmente afetando o mercado*” (sublinhei).

A leitura do *caput* do art. 54 não deixa margem a dúvidas: atos *sob qualquer forma manifestados* que *possam* afetar a concorrência devem ser apresentados para a análise na forma do seu parágrafo 4º. E um contrato de compra e venda que resulte em concentração de mercado (horizontal ou vertical), mesmo que

sujeito a cláusulas incertas e futuras, *pode* afetar a concorrência. Também, na forma do art. 2º da Resolução CADE nº 15, pode alterar as relações de concorrência entre as partes e entre estas e terceiros agentes econômicos.

Basta que o ato possa afetar a concorrência para que tenha que ser notificado. A apresentação é compulsória e, desse modo, não cabe às partes avaliar se os efeitos sobre os mercados ocorreram ou não. Assim, na lei antitruste brasileira, uma potencial alteração na concorrência não pode ser entendida como o momento a partir do qual duas ou mais empresas envolvidas num ato concentrador de mercado passam a atuar de forma harmoniosa no mercado, o que ocorre, na maioria das vezes, apenas após o fechamento da operação.

De fato, de um modo geral compromissos de compra e venda, de transferência de ações etc., estão sujeitos a cláusulas incertas e futuras (“cláusulas de fechamento”), embora, na maioria das vezes, cheguem a bom termo com o fechamento da operação. Tais cláusulas, em si, já são potencialmente modificadoras das relações de concorrência, isto é, da forma como a concorrência se manifesta no mercado.

Através delas, a compradora, por exemplo, adquire informações restritas (ou razoáveis, no jargão antitruste norte-americano), mas suficientes para uma compreensão diferente acerca das operações da adquirida — compreensão que antes não possuía. Através delas, a empresa adquirida, por sua vez, perde autonomia nas suas decisões, não podendo mais licenciar marcas; aprovar dispêndios de capital não previstos no orçamento; vender, alienar, alugar, nem onerar quaisquer ativos, exceto no curso normal das atividades; modificar nem rescindir contratos importantes; celebrar ajustes, acordos ou contratos importantes com terceiros; etc.

Ou seja, a empresa passa a atuar em compasso de espera, aguardando o fim da transação, deixando potencialmente de responder a novos e diferentes estímulos do mercado. Nesse sentido, tais cláusulas podem afetar a forma de atuar da empresa adquirida, podem afetar suas decisões, que passam a ser conservadoras, podem, enfim, alterar as condições da concorrência, uma vez que um dos concorrentes tem suas decisões travadas por cláusulas contratuais. E se *podem* afetar a concorrência, o contrato deve ser apresentado na forma do art. 54 da Lei nº 8.884/94, independentemente de ter afetado ou não.

Mesmo porque, só é possível (se possível for) estimar se a cláusula afetou a concorrência ou não *a posteriori*, e o texto legal não dá margem para que o administrado aguarde seus possíveis efeitos. Cabe ao administrado comunicar todo e qualquer ato que possa afetar a concorrência, antes que isso ocorra, mesmo que isso não ocorra.

Por outro lado — e muito mais importante —, quando uma empresa A se compromete a comprar uma empresa B, resultando em concentração horizontal ou vertical de mercado, mesmo que através de ato sujeito a cláusulas incertas e futuras, é certo que a percepção da concorrência entre as duas partes se modifica. As estratégias comerciais voltadas para a ocupação de mercados passam inevitavelmente a considerar o fato de que em breve as empresas estarão sob uma única administração.

Desse modo, não há racionalidade econômica em manter esforços direcionados contra uma empresa que brevemente estará coligada. Os esforços são redirecionados contra os demais concorrentes, que, por sua vez, passam a perceber as empresas A e B não mais como independentes entre si. Todas as estratégias dos demais concorrentes em relação a A e B são decididas a partir do julgamento de que a reação será diferente, uma vez que A/B juntas respondem no mercado de forma diferente de A e B separadas. Ou seja, não apenas A e B passam a se comportar de maneira diferente entre si, mas comportam-se de maneira diferente em relação aos demais concorrentes que, por sua vez, também mudam sua percepção e comportamento em relação às empresas contratantes.

Dessa maneira, as relações de concorrência se alteram — ou podem se alterar, o que já é suficiente — como decorrência de um *contrato de compra e venda entre concorrentes* (concentração horizontal), mesmo que sujeito a cláusulas incertas e futuras e apesar de não ter ocorrido uma relação harmoniosa entre as partes ou perda de independência no seu sentido restrito. Sendo assim, esse contrato modifica as relações de concorrência, podendo, de imediato ou futuramente, limitá-la ou de qualquer forma prejudicá-la, na forma do texto legal brasileiro.

O mesmo argumento pode ser estendido aos *atos concentradores que integram verticalmente mercados*. A aquisição de empresas que atuam em etapas da cadeia produtiva anteriores ou posteriores pode levar uma empresa a modificar seu comportamento, com vistas a maximizar sua atuação nesses mercados, desde antes do fechamento da operação, desde a assinatura do primeiro contrato de compra e venda.

O art. 2º da Resolução CADE nº 15, que interpreta e normatiza o art. 54, na questão do momento da apresentação das operações para a análise das autoridades antitruste, também é muito claro ao fazer referência ao primeiro documento vinculativo. A expressão, cuidadosamente escolhida, deixa evidente que o ato de que trata o art. 54 não é o do fechamento da operação.

É preciso considerar em que medida o primeiro vínculo entre as partes, isto é, o primeiro elo entre elas, é capaz de alterar as condições da concorrência — independentemente do fato de não ter sido suficiente para proporcionar uma atuação harmoniosa no mercado. E, nesse sentido, é evidente que um compromisso de

compra e venda que redunde em concentração de mercado (horizontal ou vertical) tem o poder de modificar (mesmo que potencialmente) a forma de concorrer entre as partes, bem como entre elas e os demais agentes do mercado.

Finalmente, ultrapassando a leitura restrita do art. 54, deve-se considerar, numa interpretação sistêmica da Lei nº 8.884/94, que a prevenção ao abuso do poder econômico é um dos pilares da defesa da concorrência. Sendo assim, considerar o primeiro documento vinculativo como o marco para o início da contagem do prazo para a notificação torna factível a intervenção preventiva. Considerando o lapso de tempo entre a assinatura do primeiro documento entre as partes e a data do fechamento, a apresentação no início do processo permite que a autoridade antitruste tenha tempo para analisar e decidir antes ou próximo da data do fechamento. Principalmente nos casos de atos concentradores de mercado (horizontal ou vertical), sobre os quais recai a eventual intervenção antitruste — atos que não concentram mercados nunca foram objeto de intervenção do CADE.

Por outro lado, o próprio processo de análise na SEAE/SDE/CADE sinaliza para as partes as eventuais preocupações que a operação pode gerar do ponto de vista da defesa da concorrência, o que lhes permite, conservadoramente, não adotar medidas que dificultem ou tornem mais custosa a intervenção. De todo modo, a qualidade da intervenção é significativamente melhorada, enquanto seus custos — que sempre existem — tornam-se proporcionalmente menores.

Assim, considerar que compromissos de compra e venda concentradores de mercado afetam a concorrência e devem ser apresentados na forma do art. 54 passou a ser considerado pelo CADE não apenas a melhor leitura do artigo da lei, mas também a leitura que melhor atende a seu objetivo maior — em relação ao entendimento de que as alterações na concorrência ocorrem apenas com a administração compartilhada e harmoniosa entre as partes, que conduz o início da análise antitruste para a data do fechamento da operação, quando seus efeitos sobre os mercados já se deram e se consolidaram.

A questão a ser discutida, desse modo, centra-se na exata identificação do que seria uma alteração nas relações de concorrência. Numa possível visão a concorrência se modifica apenas quando as partes passam a ter políticas harmoniosas ou quando perdem independência nas suas decisões comerciais — o que normalmente ocorre após o fechamento da operação.

Já na visão que se tornou vencedora no plenário do CADE, a partir do AC 134/97 — *American Home/Solvay*, em fevereiro de 1999, o primeiro contrato entre empresas que redunde em concentração de mercado (horizontal ou vertical), mesmo sujeito a cláusulas incertas e futuras, já pode alterar as relações de mercado — o que obrigaria a notificação no início do processo de aquisição, antes, portanto, do fechamento. Observa-se que o CADE não vem consi-

derando que “todo e qualquer entendimento” entre empresas que redunde em concentração de mercado (como grifado no meu voto transcrito anteriormente) dispara o prazo de apresentação, mas tão-somente a assinatura de um compromisso juridicamente vinculante.

Isso porque, do ponto de vista econômico, é possível supor que um simples memorando de entendimentos ou a assinatura de uma mera carta de intenções que concentre mercados já seria capaz de limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência, isto é, seria capaz de alterar as relações de concorrência. Porém, nessa fase de negociações preliminares, não há um contrato juridicamente obrigatório entre as partes envolvidas, um contrato que tenha obrigatoriedade de lei entre as partes. Como ensina Maria Helena Diniz, “esta fase pré-contratual não cria direitos nem obrigações, mas tem por objeto o preparo do consentimento das partes para a conclusão do negócio jurídico contratual, não estabelecendo qualquer laço convencional.”<sup>9</sup>

Assim, o momento econômico se junta ao momento jurídico somente na assinatura de um contrato obrigatório e exequível entre as partes. É esse o momento em que surge o dever de notificar previsto no parágrafo 4º do art. 54 da lei brasileira de defesa da concorrência. Mesmo que o contrato juridicamente vinculante contenha cláusulas suspensivas — futuras e incertas —, tendentes a um fechamento posterior.

Ou seja, após a contratação, mesmo estando presentes “cláusulas de fechamento”, as partes ficam legalmente obrigadas pelo contrato e não podem se retirar unilateralmente da transação, sem o ônus de responder por eventuais prejuízos. Após o contrato assinado, se uma das partes for incapaz ou não demonstrar disposição de cumprir as condições de fechamento, a outra parte encontra base legal para ajuizar uma ação por danos. Assim, o fato de haver cláusulas suspensivas — futuras e incertas —, não prejudica a existência do vínculo jurídico entre as partes.

Nesse sentido, um memorando de entendimentos, carta de intenções, acordo de sigilo, ou qualquer outro ato típico da etapa prévia de negociação que contenha elementos que vinculem juridicamente as partes, dispara o prazo para a notificação. Não se pode confundir o nome que se dá ao ato com seu conteúdo e efeitos jurídicos. Uma carta de intenções que estipula um adiantamento em dinheiro do negócio já vincula as partes, por exemplo. Um memorando de entendimentos que contenha cláusulas vinculantes, também. A referência é o documento ser ou não juridicamente obrigatório entre as partes.

9 Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil – Teoria das Obrigações Contratuais e Extra-contratuais*. São Paulo: Saraiva, 1997, 13ª ed.

Chama-se a atenção para o fato de que memorandos de entendimentos, cartas de intenções ou qualquer ato, nessa etapa preliminar de negociação, que preveja acesso irrestrito a informações entre as partes ou a perda de independência entre elas (como a indicação de membros de uma empresa para a direção da outra empresa) vincula as partes e dispara o prazo para a notificação. De fato, se assim não fosse, as empresas poderiam ser acusadas de formação de cartel, por estarem cooperando fora de um ato de concentração formalmente notificado.

O quadro abaixo apresenta um resumo das etapas de um contrato. Na etapa de negociações envolvendo atos como memorando de entendimentos, acordos de sigilo e cartas de intenção, já existe, do ponto de vista econômico, a possibilidade real de limitação ou prejuízo da concorrência ou, na forma do artigo 2º da Resolução nº 15 do CADE, há a possibilidade efetiva de alteração nas relações de concorrência. Porém, ainda não existe vinculação jurídica que gere obrigações legais entre as partes. Não há, dessa maneira, como se exigir a apresentação de tal ato para exame.

Já na etapa seguinte, quando da assinatura do contrato juridicamente vinculante, observa-se a conjugação do momento econômico com o jurídico, o que dispara o prazo do parágrafo 4º da Lei nº 8.884/94. Finalmente, a etapa de fechamento da operação constitui-se na consolidação dos efeitos jurídicos e econômicos, mas tão-somente de consolidação. A operação foi inteiramente concluída e não há mais possibilidade de retorno e as empresas passam a atuar de forma inteiramente harmoniosa no mercado.

### **ATOS CONCENTRADORES DE MERCADO (CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL/INTEGRAÇÃO VERTICAL)**

ETAPAS DO ATO	MOMENTO JURÍDICO	MOMENTO ECONÔMICO
Assinatura de Memorandos de Entendimentos, Acordos de Sigilo, Cartas de Intenções, etc.	Negociação Não-vinculante	Possibilidade de limitação ou de qualquer forma de prejuízo à concorrência (art. 54, <i>caput</i> ) ou de alteração nas relações de concorrência (Res. 15, art. 2º)
Assinatura do Contrato ou Compromisso	Documento Vinculativo. Contrato Juridicamente Obrigatório	Possibilidade de limitação ou de qualquer forma de prejuízo à concorrência (art. 54, <i>caput</i> ) ou de alteração nas relações de concorrência (Res. 15, art. 2º)
Fechamento da Operação	Finalização do Ato Jurídico Perfeito e Acabado	Relações de concorrência já alteradas

A análise comparada dessa interpretação do momento da apresentação demonstra grande convergência com a experiência internacional. A aplicação internacional da norma antitruste preventiva determina, de um modo geral, a apresentação de atos de concentração econômica previamente à sua completa realização. O fechamento de qualquer operação dessa natureza só seria possível após a aprovação da autoridade antitruste. Nesse sentido, o entendimento do CADE, exigindo a notificação da operação antes do seu fechamento, não causa estranheza nem dificuldade às empresas, sendo regra internacional.

Assim, não pode prosperar o argumento de que o CADE deve analisar a operação apenas após a sua conclusão. De fato, o que o CADE examina, a exemplo de outras jurisdições, são os efeitos de uma operação sobre o mercado, e isso pode e é feito em vários países antes mesmo da sua conclusão. Na verdade, como mencionado, o exame prévio é condição, em vários países, para a conclusão do ato. Desse modo, no Brasil, a exemplo de outros países, a operação é analisada antes do seu fechamento.

É fato, entretanto, que a lei brasileira permite, no seu art. 54, § 4º, a apresentação em quinze dias úteis após a sua realização. Permite, portanto, que um contrato juridicamente obrigatório seja apresentado após a sua assinatura. Se esse contrato prevê um fechamento posterior, ainda assim a operação deverá ser apresentada em até 15 dias úteis da assinatura desse primeiro contrato, independentemente de ter ocorrido o fechamento ou não. A notificação, nesse caso, ocorrerá antes do fechamento da operação. A decisão, por sua vez, poderá ser promulgada antes ou depois do fechamento.

A lei brasileira não condiciona a decisão do CADE ao fechamento da operação, muito embora este órgão possa, cautelarmente, suspender o fechamento, a exemplo do que ocorreu no caso AMBEV. Nesse sentido, a lei brasileira difere totalmente da ampla maioria das legislações internacionais. Isso não significa, entretanto, que a análise e a decisão só poderão ocorrer após o fechamento da operação.

O atual entendimento do CADE quanto ao momento da apresentação guarda outras semelhanças com outras jurisdições. O art. 4º, § 1º, do Regulamento 4064/89 da Comissão Européia, relativo ao controle das operações de concentração, prevê, por exemplo, que “As operações de concentração de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão no prazo de *uma semana após a conclusão do acordo...*”. Numa das suas primeiras decisões a Comissão Européia entendeu que o “acordo” mencionado “deverá ser um contrato juridicamente obrigatório entre as partes envolvidas... e que vise a criação de uma relação jurídica na qual cada parte pode confiar<sup>10</sup>”.

10 Caso JCY/Tioxixé — Nº IV/M.023, decisão de 28/11/90.

Nesse mesmo sentido, a Comissão Européia considerou que um Memorando de Entendimentos assinado entre Marconi/Firmemeccanica (Caso nº IV/M.496, decisão de 5 de setembro de 1994) não constituía um ato de comunicação obrigatória nos termos do art. 4º do Regulamento nº 4064/89, por não gerar obrigação entre elas. Desse modo, a Comissão Européia deixou claro que o dever de comunicar um ato de concentração surge quando da assinatura de um contrato juridicamente vinculante, mesmo que contenha condições para o fechamento.

Esse entendimento é exatamente o mesmo que passou a ser adotado pelo CADE após o AC 134/97 (*American Home/Solvay*). Na Europa, a notificação precisa ser feita em uma semana após a assinatura do primeiro contrato juridicamente vinculante, enquanto que no Brasil o administrado dispõe de 15 dias úteis para apresentá-la.

Nos EUA, a análise é realizada igualmente no período entre o primeiro contrato e o completo fechamento da operação. A diferença, como já mencionado, é que no Brasil a operação pode prosseguir normalmente até o fechamento antes da decisão do CADE — se não for baixada medida cautelar impedindo o fechamento, como no caso AMBEV.

#### **IV — Momento da Notificação de Atos que não Concentram Mercados<sup>11</sup>**

A ampla jurisprudência internacional e brasileira apontam para um dado inequívoco. A intervenção antitruste se dá sobre atos concentradores de mercado (horizontais ou verticais). Ainda assim, em todas as jurisdições as regras de obrigatoriedade da apresentação dos atos incluem aqueles que não concentram mercados. É verdade que esse último tipo tem tratamento diferenciado nos EUA e na Europa, com decisões rápidas e que não ocupam recursos públicos e privados, enquanto que no Brasil são submetidos ao mesmo trâmite dos atos concentradores de mercado. Dessa maneira, acabam por congestionar o sistema, ocupando os escassos recursos públicos envolvidos na aplicação da lei antitruste brasileira. Porém, essa tem sido uma opção do CADE: exigir a análise de atos que não concentram mercados, aprovando-os porque não concentram mercados<sup>12</sup>.

11 Não foi empregada a expressão operação conglomerada pelo uso recorrentemente equivocado com que vem sendo utilizada para definir toda e qualquer operação não concentradora de mercado. De fato, chamar a operação de aquisição da padaria da esquina pelo Grupo Votorantin, de uma operação conglomerada ou “conglomerante” é, no mínimo, exagero.

12 É sempre possível a construção teórica de atos que não concentram mercados e que ainda assim poderiam afetar a concorrência — muito embora não se tenha notícia de qualquer intervenção antitruste sobre atos dessa natureza. A questão a ser considerada, porém, é se com base apenas nessa construção teórica deveria o CADE continuar exigindo a notificação de todos os atos não concentrados de mercado, numa relação custo/benefício obviamente desfavorável.

Entretanto, o reconhecimento de que atos que não concentram mercados têm características diferentes dos demais, levou o Plenário do CADE a decidir, por maioria, entre fevereiro de 1999 a junho de 2000, que o momento da notificação de tais atos é o fechamento da operação. Com esse entendimento, a aplicação da lei brasileira para esses casos seria radicalmente diferente da aplicação internacional. Não seria o primeiro documento juridicamente vinculante que cria a obrigação da notificação, normalmente assinado antes do fechamento da operação, mas o ato de fechamento — o que tornaria o momento da notificação brasileira diferente da européia, que não faz distinção entre os tipos de atos. Ficaria, assim, a notificação plenamente caracterizada como pós-operação.

Do meu ponto de vista, esse entendimento é inteiramente respaldado pela melhor leitura da lei brasileira. Como já exaustivamente mencionado, o momento da apresentação de uma operação está vinculado à possibilidade do ato alterar as relações de concorrência. No caso de operações que não concentram mercados, o primeiro documento juridicamente vinculativo não é suficiente para alterar as relações de concorrência, uma vez que não há concentração horizontal ou integração vertical<sup>13</sup>. Caracterizadas pela entrada de uma empresa num mercado em que não atuava, as relações de concorrência modificam-se apenas no momento em que a empresa adquirente assume o comando da adquirida, ou no momento em que as partes envolvidas perdem independência e a nova empresa passa a ser gerida segundo novas regras societárias e comerciais (no caso de fusões, constituições de *joint ventures*, etc.).

A diferença do momento da notificação entre atos que concentram e que não concentram mercados, e em relação às demais jurisprudências decorre, portanto, do leve aroma de jabuticaba que emana da lei brasileira de defesa da concorrência. Nossa lei é assumidamente diferente, especialmente no aspecto da definição sobre quando surge o dever da notificação, muito embora na análise e nas decisões que gera acompanhe claramente o entendimento internacional.

Sendo assim, nos atos que não concentram mercados, o momento econômico no qual se observam alterações nas relações de concorrência só encontraria o momento jurídico vinculante, na esmagadora maioria das vezes, no fechamento da operação. O que não se pode pretender é que para efeito de uma homogeneização do momento da notificação (no primeiro contrato vinculante ou no fechamento da operação) seja desconsiderada a exigência legal de que a apresentação está condicionada aos seus efeitos sobre o mercado, conforme prevê o *caput* do art. 54 e o art. 2º da Resolução CADE nº 15.

13 Repete-se a observação da nota anterior, admitindo que é possível, teoricamente, que as relações de concorrência alterem-se antes, mas também repete-se o argumento de que essa seria uma exceção, e como tal deve ser tratada.

Ressalte-se que as exceções ao princípio de que em atos que não concentram mercados as alterações na concorrência se dão após o fechamento da operação, deverão ser tratadas como tal, conforme o disposto no art. 2º da Resolução CADE nº 15. Mas em nome da clareza, da certeza e da segurança jurídica, o entendimento da lei que define o momento da notificação de atos que não concentram mercados como o fechamento da operação é absolutamente adequado e constitui-se na interpretação que melhor garante o atendimento do fim público a que se dirige.

É preciso ressaltar, porém, que caso o primeiro documento juridicamente vinculativo já traga instrumentos de controle ou de ingerência da empresa que está sendo adquirida, o momento econômico passa a ser o da assinatura desse documento e não o fechamento da operação. Ou, a exemplo das operações concentradoras de mercado, caso em fase de negociação seja assinado memorando de entendimentos ou carta de intenções que da mesma forma permitam ingerência por parte do adquirente sobre as decisões comerciais da adquirida (ou compartilhamento de decisões no caso de fusões e acordos cooperativos), o momento da notificação é a assinatura desse documento, pelas razões já expostas.

O quadro abaixo reproduz as etapas de negociação de operações que não concentram mercados e o momento da notificação. Observa-se que mesmo após a assinatura do contrato de compra e venda, quando já existe obrigação de lei sobre as partes, ainda não há alteração nas relações de concorrência, razão pela qual o momento da notificação não foi disparado. Somente após o fechamento da operação há uma situação de alteração nas relações de concorrência e, concomitantemente, uma situação jurídica vinculante.

### ATOS QUE NÃO CONCENTRAM MERCADOS

ETAPAS DO ATO	MOMENTO JURÍDICO	MOMENTO ECONÔMICO
Assinatura de Memorandos de Entendimentos, Acordos de Sigilo, Cartas de Intenções, etc.	Negociação Não-vinculante	Ausência de efeitos sobre o mercado. Impossibilidade de risco
Assinatura do Contrato ou Compromisso	Documento Vinculativo. Contrato Juridicamente Obrigatório	Ausência de efeitos sobre o mercado. Impossibilidade de risco
Fechamento da Operação	Finalização do Ato Jurídico Perfeito e Acabado	Possibilidade de limitação ou de qualquer forma de prejuízo à concorrência (art. 54, <i>caput</i> ) ou de alteração nas relações de concorrência (Res. 15, art. 2º)

## V — Considerações Finais

No caso de atos concentradores de mercado, o CADE vem considerando na definição do momento em que surge o dever da notificação de atos enquadrados no art. 54 da Lei nº 8.884/94, tanto os aspectos jurídicos quanto econômicos da operação, como não poderia deixar de ser. Assim, a notificação se torna obrigatória quando as partes se comprometem juridicamente através de um ato que gere obrigações de lei sobre elas (primeiro documento vinculativo) e, ao mesmo tempo, sejam observadas alterações nas relações de concorrência. No caso de operações concentradoras de mercado a alteração nas relações de concorrência se dá após a assinatura do primeiro documento vinculativo, quando as empresas passam a competir entre si de maneira diferente — numa atitude economicamente racional.

Entretanto, a partir de agosto de 2000, o CADE mudou o entendimento sobre operações que não concentram mercados, passando a exigir a notificação a partir do primeiro documento vinculativo. Nesse caso o órgão exige a apresentação de um ato que, embora gere obrigação de lei entre as partes, não foi capaz de alterar as relações de concorrência. De fato, a empresa adquirida, por exemplo, não tem qualquer estímulo para mudar de imediato seu comportamento. Não há racionalidade econômica que possa explicar a mudança comportamental. Se não há mudança no comportamento após o primeiro ato vinculativo entre as partes, o ato não se enquadra no *caput* do art. 54 da lei de defesa a concorrência. Não há como se exigir sua apresentação para análise.

Sendo assim, as empresas envolvidas em operações que não implicam em concentração de mercados são duplamente punidas. Primeiro, porque esse tipo de operação será sempre aprovada pelo CADE (como é no mundo inteiro) e, portanto, não deveria sequer ser apresentada. Segundo, porque o CADE exige que seja apresentada após o primeiro documento vinculativo, o que aumenta o custo implícito da notificação e o risco da aplicação de multas por intempestividade.