

CRITÉRIOS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS AO CADE

*Amadeu Carvalhaes Ribeiro*¹

1. Introdução

Desde a edição da lei concorrencial brasileira (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), são freqüentes as dúvidas a respeito das transações realizadas no exterior que geram o dever de notificação obrigatória ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O presente artigo se propõe a discutir os critérios para determinação desse dever.

A chave para determinar os critérios de notificação de transações internacionais está nos artigos 2º e 54 da lei concorrencial. Por essa razão, o primeiro passo consistirá em analisar esses artigos com o objetivo de estabelecer uma interpretação razoável da lei. O passo seguinte será comparar essa interpretação com a jurisprudência atual do CADE, de forma a identificar os pontos em que esta é omissa ou vacilante.

Uma vez examinada a lei concorrencial nos termos acima propostos, passaremos a identificar as questões relativas à notificação de transações internacionais que mereceriam ser esclarecidas pelo CADE por meio de resolução específica. Isso será feito a partir de aplicações práticas da lei às situações que mais freqüentemente aparecem e geram dúvidas.

2. O artigo 54 da lei concorrencial

O *caput* do artigo 54 dispõe que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de um mercado relevante, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

O dispositivo acima é bastante amplo, o que dificulta sua interpretação. À primeira vista, todo e qualquer negócio que tenha efeitos sobre a concorrência seria passível de notificação ao CADE. Assim, não apenas atos de concentração econômica estariam sujeitos à análise antitruste

¹ O autor agradece a colaboração de Ricardo Franco Botelho na pesquisa de jurisprudência do CADE para a elaboração deste artigo.

no Brasil. Esse também seria o caso dos acordos de cooperação econômica, tais como determinados tipos de *joint venture*, contratos de franquia, contratos de distribuição, acordos para troca de informações técnicas etc. Afinal, todos eles podem, dependendo dos agentes econômicos e dos mercados envolvidos, restringir a livre concorrência.

O critério formal de identificação das hipóteses de notificação obrigatória está no parágrafo 3º do artigo 54. Esse dispositivo estabelece que serão obrigatoriamente apresentados ao CADE os atos que visem à concentração econômica, desde que resultem em participação de 20% ou mais em um mercado relevante, ou qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões no último exercício.

A primeira importante constatação é que somente o acordo que resultar em *concentração econômica* é que deve ser obrigatoriamente apresentado². Quanto aos demais, cumpre aos particulares avaliar seus efeitos e apresentá-los voluntariamente sempre que, em seu entender, houver possibilidade de prejuízo à livre concorrência. Daí porque é essencial distinguir entre os atos de concentração econômica e outros tipos de acordo. Antes, porém, vejamos rapidamente o significado dos outros dois requisitos do parágrafo 3º do artigo 54, a saber, faturamento e participação no mercado relevante.

O critério do faturamento é tradicionalmente interpretado pelo CADE como sendo o faturamento mundial do grupo econômico a que pertença a empresa envolvida na transação³. A título exemplificativo, se uma subsidiária brasileira de empresa estrangeira adquirir um concorrente, não basta verificar o faturamento da subsidiária. Este deve ser somado àquele da empresa estrangeira. Se o valor total ultrapassar R\$ 400 milhões, estará preenchido o requisito do parágrafo 3º do artigo 54. Se a empresa estrangeira possuir outras subsidiárias, o faturamento destas também deverá ser considerado.

A interpretação do CADE é excessivamente extensiva. A lei se refere apenas à empresa que tenha faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões. Ela não se refere ao seu faturamento mundial, tampouco ao faturamento das demais empresas do grupo econômico a que ela pertença. Ao insistir em sua posição, o

² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial - As Estruturas, Malheiros, São Paulo, 2002, 2ª edição, p. 279.

³ Esse entendimento foi firmado no ato de concentração nº 28/95, em que foi analisada a *joint venture* entre NALCO e Exxon Chemiclas do Brasil Ltda. A decisão do CADE data de 19 de junho de 1996.

CADE tem provocado um número enorme de notificações, muitas delas irrelevantes do ponto de vista concorrencial. Melhor seria adotar uma interpretação mais restrita da lei, o que permitiria que as autoridades concentrassem seus esforços na análise de casos de efetivo impacto sobre a concorrência. Restringir o faturamento ao território nacional, por exemplo, seria uma boa medida, pois continuariam a ser abrangidos todos os tipos de venda no mercado brasileiro, sejam aquelas feitas localmente ou por meio de exportações.

No que diz respeito à definição do mercado relevante, os critérios adotados pelo CADE são similares àqueles de outras jurisdições⁴. Com efeito, a Resolução CADE nº 15, de 19 de agosto de 1998, determina que sejam consideradas duas dimensões na definição do mercado relevante: o mercado de produtos e o mercado geográfico. A primeira dimensão compreende todos os produtos e/ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Curioso notar que a Resolução nº 15/98 não trata dos substitutos pelo lado da oferta. A segunda dimensão, por sua vez, compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos ou serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos ou serviços. Essa dimensão será objeto de análise mais detalhada no tópico 3 abaixo⁵.

⁴ Na verdade, os critérios para definição de mercado são bastante parecidos com aqueles utilizados nos EUA. A título comparativo, cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*, West, St. Paul, 1999, cap. 3.

⁵ Em se tratando da definição de mercado relevante, cabe mencionar também a posição das duas Secretarias encarregadas de analisar atos de concentração e formular recomendações ao CADE. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento de Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), por meio da Portaria Conjunta nº 50, de 1º de agosto de 2001, estabeleceram detalhadamente os critérios a serem adotados tanto na definição do mercado relevante quanto na determinação da participação no mercado. Para a definição do primeiro, é indicado o teste do “monopolista hipotético”, vale dizer, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessária para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preços. As Secretarias ressaltam alguns casos específicos, em que poderão ser considerados como participantes do mercado os produtores potenciais de curto prazo, isto é, que não produzem atualmente, mas que podem passar a produzir em resposta a um aumento de preços “pequeno, porém significativo e não transitório”. Ainda de acordo com a referida portaria, a participação no mercado será calculada com base nos seguintes dados: (i) capacidade produtiva; (ii) volume de vendas; ou (iii) valor

As dúvidas começam a surgir quando se trata de estabelecer o conceito de *concentração econômica*, por oposição ao conceito de *cooperação econômica*. Isso porque o CADE até hoje não definiu o conceito de concentração, seja por meio de resolução, seja por meio de decisões em casos específicos. Ao contrário, a jurisprudência sempre se pautou por afirmar que cabe à autoridade, e não ao particular, definir se uma determinada transação deve ou não ser apresentada. Disso resulta que as empresas acabam se sentindo obrigadas a submeter toda e qualquer transação à apreciação do CADE, ainda que ela claramente não constitua hipótese de concentração. Isso será examinado em maior detalhe no tópico 4 abaixo.

A cooperação é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo.

Enquanto a concentração econômica - conforme veremos em mais detalhes a seguir - resulta na unificação de agentes econômicos, na cooperação temos apenas a colaboração entre esses agentes com relação a um ou mais aspectos de suas respectivas atividades. Assim, se produtores de leite concorrentes entre si decidirem lançar uma campanha de marketing para incentivar o consumo de leite, eles estarão agindo conjuntamente, mas nem por isso será um ato de concentração econômica. Da mesma forma, se todos os comerciantes de trigo decidirem que venderão seus produtos por um mesmo canal de distribuição, eles estarão tomando uma decisão concorrencialmente relevante, mas não se pode dizer que tal decisão implique concentração, pois cada produtor continuará a decidir isoladamente como produzir e a quem vender os seus produtos.

A cooperação resume-se, pois, à coordenação de determinadas ações entre concorrentes, sem que isso implique a unificação de todas as suas atividades em caráter estável e duradouro. No passado não era aceitável falar em cooperação entre concorrentes, porque a doutrina antitruste a

das vendas das empresas que integrem o mercado definido. Serão consideradas empresas participantes do mercado os produtores atuais, isto é, empresas que efetivamente produzem ou vendem no mercado. No caso concreto, será usado como critério o dado mais adequado a indicar as condições de competição no mercado relevante. Note-se que o CADE não é tão específico quanto as Secretarias no que se refere ao método de cálculo da participação no mercado, permitindo apenas inferir, a partir da leitura da Resolução nº 15/98, que serão levados em conta o valor ou o volume das vendas.

considerava ilegal *per se*⁶. Com a evolução doutrinária e a decorrente aplicação da regra da razão aos casos de coordenação de ações entre concorrentes, ficou claro que nem todas as cooperações econômicas implicam limitação injustificada da concorrência. Em alguns casos, certas limitações são necessárias para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a eficiência das empresas⁷.

Para que ocorra uma concentração, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico. Não ocorre simples uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certas atividades conjuntamente. Para que se possa caracterizar a concentração, tanto o comportamento no mercado quanto a forma interna de produção e comercialização devem estar sujeitos a um único centro decisório, permitindo considerar as empresas como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações por elas realizadas⁸.

Tradicionalmente, as concentrações econômicas são classificadas em três categorias: (i) concentração horizontal; (ii) concentração vertical; e (iii) a formação de conglomerados⁹.

A concentração horizontal ocorre quando duas empresas atuantes no mesmo mercado relevante passam a atuar como um único agente econômico, integradas por uma fusão ou aquisição. Já a concentração vertical ocorre quando duas empresas atuantes na mesma indústria, mas em níveis diversos, se integram. Por último, a formação de um conglomerado é a forma residual de concentração. Ocorre quando duas ou mais empresas que não atuam no mesmo mercado ou na mesma indústria se concentram. Em outras palavras, toda concentração que não se enquadra na classificação como horizontal ou vertical é um conglomerado.

⁶ Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 240.

⁷ Cf. AREEDA, Phillip e Louis KAPLOW. *Antitrust Analysis - Problems, Texts, Cases*, Aspen, Nova Iorque, 1997, 5ª edição, cap. 2.

⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 241 a 243.

⁹ Cf. AREEDA, cit., cap. 5; HOVENKAMP, cit., caps. 9, 12 e 13; VISCUSI, W. Kip et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, Cambridge e Londres, 2000, 2ª edição, cap. 7; EMMERICH, Volker. *Kartellrecht*, Beck, Munique, 1999, 8ª edição, p. 312 e seg.

Qualquer que seja a classificação adotada, o conteúdo essencial do conceito não se altera, ou seja, para que haja uma concentração são necessárias (i) uma mudança estrutural duradoura e (ii) a unicidade no exercício do comando.

Para que a mudança seja estrutural e duradoura, não basta a existência de um acordo. É necessário que as empresas envolvidas passem a funcionar como um único agente econômico em caráter permanente. O exemplo mais freqüente é o da fusão entre empresas - a forma jurídica adotada sugere que a mudança será estrutural e duradoura.

No que se refere à unicidade no exercício do comando, é necessário que antes da transação existam agentes com centros decisórios distintos, e que dela decorra a unificação do comando. Se isso não ocorrer, então não estaremos diante de uma concentração, mas sim de uma cooperação. Por exemplo, se dois competidores se unem para distribuir conjuntamente seus produtos, regulamentar sua atividade (estabelecimento de padrões mínimos de atendimento, horário de funcionamento etc.) ou para estabelecer padrões tecnológicos comuns (como os fabricantes de produtos eletrônicos freqüentemente fazem), não há que se falar em concentração. Cada agente econômico continua a existir e agir como agente único e independente, ainda que para aquele ponto específico de suas atividades tenham se unido e tenham tomado uma decisão conjunta. Essas decisões não afetam a identidade dos agentes e não bastam para caracterizar a concentração no mercado.

Em suma, somente os acordos de concentração econômica estão sujeitos à regra de apresentação obrigatória conforme o faturamento ou a participação no mercado relevante. Esse critério formal não vale para outros tipos de acordo, cuja notificação ao CADE só será compulsória se resultar em prejuízo à livre concorrência, o que deverá ser analisado especialmente em função do conteúdo do acordo.

3. O artigo 2º da lei concorrencial

Vimos acima os critérios de notificação obrigatória de acordos empresariais ao CADE. Cabe examinar agora as regras aplicáveis especificamente a transações realizadas fora do território brasileiro. A questão é saber quando transações desse tipo devem ser submetidas ao CADE.

A lei concorrencial brasileira, seguindo o exemplo de outras

jurisdições, adotou o critério dos efeitos¹⁰. Determina o artigo 2º que a lei se aplica aos atos realizados no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. A questão que se coloca, portanto, é definir critérios para a verificação dos efeitos de uma transação internacional no Brasil. Novamente a jurisprudência do CADE não é de muito auxílio, pois dela não é possível extrair parâmetros seguros de aplicação da lei. Infelizmente também não há resoluções administrativas que tratem da matéria, de tal forma que os critérios devem ser estabelecidos com base em uma interpretação razoável da lei.

Aqui a economia é de grande auxílio. Para sabermos se uma determinada transação produz efeitos no território brasileiro, cumpre verificar se esse território integra ou não o mercado atingido por ela. Para respondermos a essa questão, é necessário recorrer aos métodos econômicos de definição da dimensão geográfica do mercado relevante.

A dimensão geográfica do mercado relevante é aquela área em que concorrentes e consumidores ofertam e procuram produtos em condições mais ou menos homogêneas. Trata-se da dimensão mais importante na definição do mercado, pois em função dela é que se determinará o grau de concentração e o poder dos agentes.

Para sabermos se o mercado geográfico é nacional ou se vai além das fronteiras de um país, devemos investigar a possibilidade efetiva de importação¹¹. Como regra geral, podemos incluir todo o mercado externo apenas quando:

- i) o preço na região exportadora, somado aos custos de transporte, não supera os preços praticados pelos produtores concorrentes da região importadora. É possível ainda que simplesmente não haja produção na região importadora, hipótese em que esse requisito estará evidentemente preenchido; e
- ii) as barreiras à entrada (v.g. impostos de importação, barreiras não tarifárias e preferências dos consumidores) da região importadora não forem elevadas a ponto de dificultar as importações.

Feitas essas considerações, é possível voltar à interpretação do artigo 2º da lei concorrencial brasileira. Como visto, ele dispõe que a lei será

¹⁰ Cf. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, RT, São Paulo, 1998, cap. 9.

¹¹ Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 110 e seg.

aplicável às transações realizadas no exterior, desde que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional. A questão aqui consiste em determinar os critérios que permitam aferir a produção efetiva ou potencial desses efeitos. A resposta é simples: se, de acordo com os parâmetros acima estabelecidos, for possível incluir a produção das empresas estrangeiras no mercado local, tem-se que a prática gera efeitos no território brasileiro e deve, portanto, ser apreciada pelo CADE.

Não obstante, veremos no tópico 4 abaixo que a jurisprudência do CADE tem sido hesitante nessa matéria, deixando de apresentar critérios claros e objetivos para a apresentação de atos de concentração econômica ocorridos no exterior. A ausência desses critérios não é suprimida pelo parágrafo 1º do artigo 2º da lei concorrencial, segundo o qual reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. A redação do dispositivo é equivocada por duas razões. De um lado, a referência a “operar no território nacional” é pouco esclarecedora. Persiste a dúvida sobre o que sejam tais operações - o mais razoável é que se trate de exportações ao Brasil, o que remete à dúvida sobre o nível de operações que deve ser considerado suficiente para que a concentração empresarial ocorrida no exterior gere efeitos sobre a concorrência local. De outro lado, a menção a “filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante” parece ter sido uma opção por um critério formal de apuração de efeitos no território nacional, ante a ausência de critérios materiais firmes. A opção foi equivocada, pois a presença de qualquer um desses tipos de atividade econômica nada diz sobre o nível de vendas da empresa estrangeira a consumidores brasileiros, nem leva em consideração a possível existência de barreiras que impeçam a entrada efetiva de seus produtos no território nacional¹².

4. Aplicações práticas

Conforme vimos acima, nos casos julgados pelo CADE nos últimos anos, bem como nas resoluções administrativas por ele editadas, é difícil identificar critérios precisos e seguros para determinar se uma transação realizada no exterior deve ou não ser submetida à jurisdição antitruste no Brasil.

O presente tópico examinará algumas situações que freqüentemente

¹² Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 118 e 119.

geram dúvida a respeito do dever de notificação no Brasil. Esse exame será feito a partir de decisões recentes do CADE, que serão criticadas conforme os critérios teóricos acima apresentados. A partir daí será possível formular sugestões de racionalização no controle de transações internacionais pelo CADE.

4.1 Concentração econômica

Como visto acima, as hipóteses de concentração econômica são três: horizontal, vertical ou formação de conglomerado. Somente acordos que envolvam uma dessas hipóteses devem estar sujeitos ao controle formal do CADE, baseado no artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/94. Duas são as críticas que podem ser feitas à jurisprudência do CADE no que diz respeito a esse tema.

A primeira crítica é que o CADE aplica de forma excessivamente ampla o dever formal de apresentação, abarcando acordos que não implicam concentração econômica. Essa crítica será aprofundada no tópico seguinte, que analisará a jurisprudência tocante a acordos de cooperação.

A segunda crítica é que o CADE até hoje falhou em definir claramente o sentido da expressão “concentração econômica”, e, por conseqüência, do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/94. Decisões recentes deixam claro que, havendo relação horizontal ou vertical entre as partes de uma transação, esta se enquadra na hipótese de notificação obrigatória. Com efeito, não há um único caso desse tipo que o CADE tenha deixado de analisar, ou em relação ao qual tenha manifestado dúvida sobre o dever de notificação.

As dificuldades começam a surgir quando se trata da formação de conglomerado. Especialmente em decisões recentes os Conselheiros do CADE têm expressado opiniões pouco esclarecedoras, por vezes contraditórias, a respeito desse tipo de concentração. A opinião majoritária ainda é no sentido de que a formação de conglomerado constitui hipótese de notificação obrigatória, desde que esteja presente um dos demais requisitos do parágrafo 3º do artigo 54, a saber, participação igual ou superior a 20% no mercado relevante, ou faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões¹³.

¹³ Com efeito, em alguns casos recentes um ou mais Conselheiros do CADE opinaram pelo não conhecimento da notificação com base no argumento de que inexistia relação horizontal ou vertical entre as partes da operação. Seus votos foram vencidos pela maioria, porém tornaram clara a necessidade de definição, idealmente por meio de resolução do CADE, dos critérios teóricos para determinação das hipóteses de concentração econômica.

Não obstante, em setembro de 2002 o CADE examinou um caso de formação de conglomerado e o julgou não passível de notificação obrigatória. Trata-se do caso nº 08012.003246/2002-86. O fundamento para seu não conhecimento esteve no fato de que as partes da transação notificada - Besam AB e Assa Abloy AB - não possuíam relação horizontal ou vertical entre si.

Em síntese, é possível perceber um avanço na jurisprudência do CADE, ainda que com algumas imperfeições técnicas, como a aparente tentativa de excluir os conglomerados das hipóteses de concentração. Com efeito, estes podem levar ao aumento de poder no mercado e a prejuízos à concorrência. Hipótese óbvia em que isso ocorre é aquela em que uma empresa estrangeira, embora não atuante no mercado nacional, é concorrente potencial de empresas já atuantes no Brasil. A eventual aquisição de uma dessas empresas pela estrangeira é potencialmente restritiva da livre concorrência, haja vista que a estrangeira poderia vir a ingressar no mercado nacional na condição de novo concorrente.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que determinados tipos de formação de conglomerado não apresentam risco à concorrência. É o caso, por exemplo, das aquisições de participações relevantes em empresas nacionais feitas por fundos de investimento estrangeiros. Em regra, tais aquisições são feitas exclusivamente a título de investimento, e não têm a capacidade de prejudicar a concorrência no território brasileiro. Daí decorre que elas poderiam, por meio de resolução do CADE, ser excluídas das hipóteses de notificação obrigatória.

4.2 Cooperação econômica

Como visto acima, a cooperação econômica consiste na coordenação de determinadas ações entre concorrentes, sem que isso implique a unificação de todas as suas atividades em caráter estável e duradouro. Ela está fora do

Cf. (i) AC nº 08012.003626/2002-11, julgado em 11 de setembro de 2002, em que foram requerentes Sears, Roebuck and Co., L.P. e Inlet Acquisition Corp.; (ii) AC nº 08012.002888/2002-68, julgado em 11 de setembro de 2002, em que foram requerentes Abbot Laboratórios do Brasil Ltda. e Biolab Sanus Farmacêutica Ltda.; e (iii) AC nº 08012.004181/2001-13, julgado em 30 de outubro de 2002, em que foram requerentes TD Capital Canadian Private Equity Partners (QLP) L.P. e Harrowston Inc.

alcance da regra formal de notificação obrigatória do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/94, porém certamente é alcançada pela regra do *caput* do artigo 54, haja vista que pode, ao menos em tese, restringir a livre concorrência.

Nem todo tipo de acordo cooperativo tem o poder de limitar a livre concorrência, porém aqueles que o têm devem ser obrigatoriamente submetidos à apreciação do CADE. As questões que se colocam são, portanto, duas. Em primeiro lugar, é preciso distinguir entre um acordo cooperativo e um concentrativo - foi justamente isso que procuramos fazer no tópico 2 acima. Em segundo lugar, cabe determinar os tipos de acordo de cooperação que devem ser submetidos à análise do CADE. Esse é um trabalho que depende essencialmente da análise do conteúdo de cada acordo, pois é preciso verificar em que medida as ações dos concorrentes passarão a ser coordenadas. Concluída essa análise, é preciso inseri-la no contexto dos mercados envolvidos, no quais deverão ser examinadas as condições concorrenciais, o grau de concentração, as barreiras à entrada etc. Só assim será possível estabelecer conclusões a respeito dos efeitos anticoncorrenciais do acordo e, por consequência, da necessidade de submetê-lo à aprovação do CADE.

Caberia ao CADE, por meio de resolução específica, dar resposta às questões acima colocadas. Isso implicaria definir os conceitos de concentração e cooperação econômica. No que diz respeito aos acordos cooperativos, a tarefa consistiria em criar regras que os particulares pudessem utilizar como roteiro para apuração do dever de notificação. Seria de grande auxílio também se fosse criado um procedimento de consulta ao CADE, pelo qual dúvidas a respeito do dever de notificação de acordos de cooperação econômica pudessem ser esclarecidas.

Não é isso, entretanto, o que ocorre no momento. Na ausência de regras administrativas relativas às questões acima levantadas, a jurisprudência do CADE também não tem sido capaz de fornecer respostas seguras ao enquadramento jurídico de diversas situações. A postura da autarquia tem sido a de exigir genericamente que todo tipo de acordo lhe seja apresentado, sob a afirmação de que cabe à autoridade, e não ao particular, avaliar que situações têm a capacidade de restringir a concorrência¹⁴. Uma postura desse tipo obriga

¹⁴ Cf., nesse sentido, o voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho no caso nº 08012.001196/98, de 23 de setembro de 1998, em que foram requerentes as Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. e S.A. Indústrias Votorantim, in verbis: "(...) Entendem os mesmos [os requerentes] – ao contrário do que já tem sido reiterado inúmeras vezes

os particulares a notificar transações que muitas vezes não têm relevância concorrencial. Além de representar um ônus desnecessário à atividade econômica, ela torna mais difícil que os agentes públicos concentrem seus esforços e recursos em assuntos de verdadeiro impacto sobre a concorrência.

Exemplo recente do estado de coisas acima descrito é a consulta nº 0077, formulada por Souza Cruz S.A. e Companhia de Bebidas das Américas - AmBev e analisada pelo CADE em 13 de março de 2002. Enquanto a primeira atua no mercado de cigarros e fumo, a segunda é uma das principais empresas da indústria de bebidas. As empresas requereram ao CADE que informasse se era necessária ou não a análise de um acordo entre elas destinado a criar uma *joint venture* para venda, por meio eletrônico, de produtos a clientes comuns de pequeno e médio porte.

A dúvida de Souza Cruz e AmBev era legítima, pois se tratava de duas empresas não concorrentes que estavam realizando um acordo relativo a apenas um aspecto de suas atividades. Os Conselheiros do CADE, ao invés de esclarecerem a dúvida, limitaram-se a decidir por unanimidade que o acordo deveria ter sido apresentado na forma de ato de concentração. Ou seja, entenderam que o acordo era de apresentação obrigatória, cabendo ao CADE, e não a Souza Cruz e AmBev, avaliar seu impacto sobre a concorrência.

Recentemente nota-se que a postura acima identificada tem começado a mudar. Prova disso é o caso nº 08012.007863/2001-70, julgado em 26 de setembro de 2002. Tratava-se de um acordo comercial de produção de veículos entre Peugeot Citroën do Brasil S.A. e Fiat Automóveis S.A., pelo qual parte da produção de ambas as empresas passaria a ser feita conjuntamente. Ao examinar o caso e decidir por sua aprovação, os Conselheiros do CADE

por este Plenário – que o ato, por não trazer danos à concorrência não se enquadraria no caput do art. 54 e, portanto, não seria sujeito à obrigatoriedade da apresentação. Ora, esta definição de se um ato é ou não, lesivo à concorrência, compete ao Plenário deste Colegiado e, não, às partes envolvidas na operação”. No mesmo sentido é o voto do Conselheiro Ruy Santacruz no auto de infração nº 08, de 14 de julho de 1999, em que é impugnante a Leitesol Indústria e Comércio S/A: “Atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência deverão ser levados ao conhecimento do CADE para análise. Uma vez constatado que embora potencialmente capazes de afetar a concorrência, de fato não o fizeram, serão aprovados de maneira incondicional. Entretanto, mesmo tais atos não estão dispensados da análise do CADE – único legalmente competente para efetuar essa análise – e, sendo assim, se não forem apresentados ou forem apresentados com perda do prazo legal, cabe a aplicação da multa prevista”.

reconheceram estar diante de um acordo de cooperação econômica. Alguns reconheceram que, por essa razão, o acordo só deveria ser analisado se seu conteúdo fosse capaz de limitar a livre concorrência. O CADE acabou confirmando que a operação deveria lhe ter sido submetida, entre outras razões porque dela decorriam efeitos anticompetitivos.

A partir do entendimento acima seria possível concluir que acordos de cooperação sem efeitos sobre a concorrência não precisam ser notificados ao CADE. Essa conclusão é, no entanto, ainda prematura, pois tal entendimento continua a ser minoritário entre os Conselheiros. Além disso, são raros os casos em que a questão dos acordos cooperativos foi trazida à discussão, bem como não há, como visto acima, resolução do CADE que estabeleça regras claras sobre a matéria.

4.3 Faturamento

Como visto no tópico 2 acima, o critério do faturamento é tradicionalmente interpretado pelo CADE como sendo o faturamento mundial do grupo econômico a que pertença a empresa envolvida na transação. Esse entendimento foi firmado no ato de concentração nº 28/95, em que foi analisada a *joint venture* entre NALCO e Exxon Chemiclas do Brasil Ltda. A decisão do CADE data de 19 de junho de 1996.

De lá para cá, a posição do CADE pouco ou nada mudou. A interpretação extensiva da lei continua a provocar um número enorme de notificações, muitas delas irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

Recentemente, contudo, é de se notar que os gastos da Administração com a análise de atos de concentração irrelevantes do ponto de vista concorrencial têm levado à discussão de critérios alternativos para determinar as hipóteses de apresentação obrigatória. A criação de tais critérios exigiria alteração da Lei nº 8.884/94, de tal modo que teria que passar pelo Congresso Nacional.

Um modo mais econômico, porém igualmente eficiente de resolver o problema está na simples reinterpretação da Lei nº 8.884/94. Com efeito, a lei se refere apenas à empresa que tenha faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões. Ela não se refere ao seu faturamento mundial, tampouco ao faturamento das demais empresas do grupo econômico a que ela pertença. Bastaria, portanto, que fosse adotada uma interpretação mais restrita da lei. Como visto no tópico 2 acima, limitar o faturamento ao território nacional seria uma boa medida, pois

continuariam a ser abrangidos todos os tipos de venda no mercado brasileiro, sejam aquelas feitas localmente ou por meio de exportações.

No âmbito jurisprudencial, apenas o Conselheiro Fernando de Oliveira Marques tem defendido a idéia de que o faturamento referido no parágrafo 3º do artigo 54 é o faturamento nacional e não o internacional. É o caso, por exemplo, do ato de concentração nº 08012.002875/2002-99, envolvendo Regis Corporation e Gameo International Limited. O caso foi analisado e aprovado pelo CADE em 2 de outubro de 2002, tendo sido vencido o citado Conselheiro, que opinou que a operação não deveria ter sido apresentada.

O mesmo ocorreu no caso nº 08012.002876/2002-33, em que foram requerentes Habasit Belting Incorporated e Maurizio Cozzi. A transação foi aprovada pelo CADE em 9 de outubro de 2002. O Conselheiro Fernando Marques opinou por seu não conhecimento, haja vista que a subsidiária brasileira da Habasit Belting Incorporated não possuía faturamento superior a R\$ 400 milhões.

4.4 Teste dos efeitos

No tópico 3 acima vimos que o artigo 2º da Lei nº 8.884/94 determina que esta se aplica aos atos realizados no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. Vimos também que a jurisprudência do CADE não permite extrair critérios seguros para a verificação dos efeitos de uma transação internacional no Brasil. Isso pode ser demonstrado a partir de duas situações que ocorrem com bastante frequência. A primeira delas consiste na transação internacional em que ao menos uma das empresas envolvidas possui atividade no Brasil. A segunda diz respeito à hipótese em que ao menos uma das partes de uma transação internacional tem exportações ao Brasil.

No primeiro caso, a jurisprudência do CADE não é uma referência segura para a avaliação do dever de notificação, pois não há nas decisões recentes nenhuma consideração quanto ao volume ou à natureza das atividades que os agentes situados no Brasil devem ter para que operações de seus controladores realizadas no exterior sejam passíveis de notificação ao CADE. Não importa se se trata de um simples representante comercial ou uma importante subsidiária com faturamento elevado - para que se configure o dever de notificação, basta que uma das partes esteja presente no Brasil e que o propósito de tal presença tenha alguma relação, ainda que distante, com a atividade objeto da transação realizada no exterior. Não há nas decisões do CADE considerações que

demonstrem preocupação em estabelecer critérios para averiguar quando, a despeito da presença física de uma das partes no Brasil, a operação realizada no exterior tem a capacidade de produzir efeitos no território nacional.

Há três exemplos que retratam com clareza a afirmação acima. No caso nº 08012.000994/2000-45, em que Rexan plc. notificou a aquisição - realizada no exterior - de American National Can Group, apenas esta última possuía subsidiária no Brasil, o que foi suficiente para que o CADE considerasse a operação passível de notificação. Não foi feita nenhuma consideração a respeito do tipo de negócio que a American National Can Group detinha no país, bem como não foi investigado se a Rexan plc. poderia ou não ser considerada concorrente - ainda que potencial - no mercado brasileiro. Em 14 de fevereiro de 2001 a transação foi julgada e aprovada sem restrições.

O segundo exemplo é o caso nº 08012.003360/2000-44, no qual Anadarko Petroleum Corporation notificou ao CADE a aquisição de todas as ações de Union Pacific Resources Group, Inc. A Anadarko não tinha atividades no Brasil, sendo que a empresa adquirida participava apenas de uma *joint venture* para a exploração de óleo cru no nordeste brasileiro, o que lhe conferia participação inferior a 1% no mercado relevante. Ao analisar o caso em fevereiro de 2001, o CADE sequer cogitou do cabimento ou não da notificação. Simplesmente a analisou e aprovou sem restrições.

O terceiro exemplo é o caso nº 08012.001783/00-68, em que Reuters Limited e Equant Finance B.V. requereram ao CADE a aprovação da formação de uma *joint venture* fora do território brasileiro. A transação foi notificada apenas porque as empresas possuíam subsidiárias no Brasil, ainda que as atividades destas não tivessem relação direta com o propósito da *joint venture*. Além disso, não havia relação horizontal ou vertical entre Reuters e Equant. Mesmo assim a transação foi analisada pelo CADE e, é claro, aprovada sem restrições em outubro de 2001.

A falta de discussão a respeito dos critérios de apuração dos efeitos no território nacional pode ser notada também na hipótese de transação envolvendo empresas que tenham, ao menos uma delas, exportações ao Brasil.

Como visto no tópico 3 acima, o simples fato de haver exportações não deve ser considerado suficiente para que os efeitos no território nacional estejam presentes. É preciso distinguir entre as hipóteses em que as exportações são regulares e de fato concorrem com os produtos fabricados no Brasil, e aquelas em que as exportações são esporádicas ou temporárias,

não podendo ser vistas como verdadeira concorrência, nem mesmo potencial, a produtos fabricados localmente.

O exercício de classificação acima sugerido não é feito atualmente pelo CADE. No caso nº 08012.003144/2001-80, por exemplo, a divisão de refrigerantes da Royal Crown Company, pertencente à Cadbury, foi adquirida pela Cott Corporation. A empresa adquirente não tinha nenhuma atividade no Brasil, tampouco exportações. A transação foi notificada apenas porque a Cadbury tinha exportações de refrigerantes ao Brasil em nível inferior a 1% do mercado relevante. Se o CADE tivesse considerado que operação não tinha efeitos no Brasil, não a teria analisado, determinando seu simples arquivamento. No entanto, a operação foi examinada e aprovada sem restrições em 23 de janeiro de 2002.

Outro caso que merece ser comentado é o ato de concentração nº 08012.007667/2001-03, em que a Ametek, Inc. adquiriu a totalidade das ações de Perkinelmer Instruments, Inc. Nenhuma das empresas possuía ativos ou atividade no território nacional, porém a Perkinelmer exportava uma determinada linha de seus produtos ao Brasil. Além disso, inexistia relação horizontal ou vertical entre as partes no que se refere aos produtos exportados ao Brasil. Não obstante, o CADE considerou ter jurisdição para analisar a transação, aprovando-a sem restrições em 8 de maio de 2002.

Por fim, em 27 de novembro de 2002 o CADE julgou e aprovou sem restrições a operação pela qual Liberty Media Corporation e sua subsidiária LDIG OTV, Inc. adquiriram o controle de Open TV Corp. (ato de concentração nº 08012.003483/2002-47). As partes só atuavam no Brasil por meio de exportações. Ao examinar, o caso, o CADE não avaliou o volume ou a regularidade dessas exportações - bastou que elas existissem para que o dever de notificação estivesse configurado.

A partir dos exemplos acima, nota-se que os critérios adotados pelo CADE para interpretar a lei concorrencial podem ser aperfeiçoados. No que diz respeito especificamente ao teste dos efeitos, é preciso reconhecer que não é todo tipo de presença física no Brasil que gera o dever de notificação. Além disso, cabe determinar o tipo de exportações suficientes para que a empresa estrangeira seja considerada concorrente efetiva ou potencial no território brasileiro.

5. Conclusão e sugestões de aperfeiçoamento

A mais importante conclusão que se tira do exposto acima é que o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 carece de interpretação mais clara e estável por parte das autoridades brasileiras de defesa da concorrência. No que se refere aos critérios de notificação de transações internacionais, o melhor instrumento para fixar tal interpretação seria uma resolução do CADE, pela qual as seguintes questões seriam abordadas: (i) momento da notificação; (ii) faturamento bruto; (iii) concentração e cooperação econômica; e (iv) teste dos efeitos.

A questão do momento da notificação não foi objeto do presente artigo, a não ser por breves comentários no item 2 acima. Ela é, no entanto, muito importante, dada a dificuldade de interpretar com segurança a Resolução nº 15/98 do CADE, em que os procedimentos para notificação são estabelecidos de forma pouco clara. Uma sugestão seria estabelecer pura e simplesmente, por meio de nova resolução, que as transações deverão ser notificadas a partir da assinatura do primeiro documento vinculante. Essa mesma resolução deveria proibir que as partes de uma transação coordenassem suas atividades sob qualquer forma antes da assinatura do primeiro documento vinculante. Isso garantiria que elas continuassem a agir como concorrentes independentes um do outro.

A segunda questão, relativa à interpretação do critério de faturamento previsto no parágrafo 3º do artigo 54, poderia ser solucionada de forma bastante simples. Bastaria ao CADE reinterpretar a lei por meio de resolução, definindo que o faturamento a que se refere o dispositivo legal é o obtido no território brasileiro, seja por meio de produção e vendas locais ou exportações ao Brasil.

No que se refere à terceira questão, urge definir com clareza os conceitos de concentração e cooperação econômica.

Ao se definir concentração, devem ser considerados aspectos como (i) a mudança estrutural duradoura na organização empresarial das partes; e (ii) a formação de unidade no exercício do comando de todas as atividades abrangidas pela operação.

Em uma interpretação razoável da lei, apenas os casos de concentração econômica estariam sujeitos ao critério formal de notificação obrigatória previsto no parágrafo 3º do artigo 54. Entre esses casos, o ideal seria que fossem definidas regras distintas para cada espécie de concentração, a saber, a concentração horizontal, a vertical e a formação de conglomerados.

Cada uma delas oferece riscos específicos à concorrência, suficientes para justificar um tratamento diferenciado.

Por outro lado, as preocupações na definição da cooperação econômica dirão respeito primeiramente à sua licitude. Considerando que toda cooperação é caracterizada pela uniformização ou unificação de certos comportamentos, o conteúdo de cada acordo deverá ser analisado à luz de critérios que procurem identificar a licitude de tal uniformização ou unificação. O problema aqui consiste em estabelecer regras capazes de distinguir entre acordos cooperativos passíveis de análise estrutural e acordos que devem ser tratados simplesmente como condutas anticompetitivas. Estabelecidas essas regras, cumpre criar ferramentas específicas de análise dos acordos cooperativos. Tais ferramentas deverão se dirigir ao conteúdo de cada acordo, bem como às características estruturais do mercado em que o acordo se insere (grau de concentração, barreiras à entrada etc.).

Note-se que os acordos de cooperação econômica continuariam sujeitos à apresentação obrigatória ao CADE, porém apenas dentro de critérios distintos daqueles aplicáveis às concentrações.

Por fim, o chamado teste dos efeitos. As dificuldades aqui estão em definir critérios para a verificação dos efeitos de uma transação internacional no Brasil. Tais critérios devem regular duas situações distintas. A primeira delas diz respeito às exportações ao Brasil; a segunda, às atividades que as partes da operação desenvolvem no território brasileiro.

A questão das exportações ao Brasil está intimamente ligada à dimensão geográfica do mercado relevante. É preciso desenvolver regras capazes de identificar se o mercado geográfico é nacional ou se vai além das fronteiras de um país. Em outras palavras, se existe ou não a possibilidade efetiva de exportação. Como vimos no tópico 3 acima, tal possibilidade existe quando: (i) o preço na região exportadora, somado aos custos de transporte, não supera os preços praticados pelos produtores concorrentes da região importadora; e (ii) as barreiras à entrada (v.g. impostos de importação, barreiras não tarifárias e preferências dos consumidores) da região importadora não forem elevadas a ponto de dificultar as importações.

A questão das atividades desenvolvidas no Brasil pelas partes de uma determinada transação possui duas dimensões: a primeira se refere à natureza das atividades. Evidentemente estas devem se identificar - ou se relacionar de algum modo - com o objeto da transação. Só assim será possível cogitar de efeitos no Brasil. A segunda dimensão diz respeito ao volume das atividades

que devem existir no território nacional para que seja razoável concluir pela existência de efeitos. Deve ser afastado o critério formal até hoje utilizado pelo CADE, segundo o qual basta haver presença física no Brasil, seja por meio de subsidiária ou simples representante, para que os efeitos sejam constatados. É preciso examinar o nível das atividades desenvolvidas localmente, distinguindo-se sua relevância em função, por exemplo, do volume de faturamento obtido.

Assim, no que diz respeito ao teste dos efeitos, caberia ao CADE editar resolução que enfrentasse as questões relativas às exportações ao Brasil e ao nível das atividades desenvolvidas no território brasileiro. Em linhas gerais, foram apresentadas acima sugestões sobre o modo de lidar com essas questões.

Numa palavra final, cabe reconhecer que muito se fez, desde a edição da lei em 1994, pelo desenvolvimento do controle concorrencial no Brasil. Isso é louvável e deve ser continuado e aperfeiçoado. As críticas e sugestões acima apresentadas têm a intenção única de colaborar com esse aperfeiçoamento.

