

Fusões no exterior e o Cade

Roberto De Marino Oliveira

Empresários deixam de notificar o Cade de operações de fusão e aquisição ocorridas exclusivamente no exterior.

A globalização é uma realidade indubitável na medida em que notamos um considerável aumento do número de operações de fusão e aquisição realizadas entre empresas nacionais e estrangeiras. Esse cenário tem contribuído para a existência de um ambiente caracterizado pela acentuada concentração empresarial e pela presença de enormes conglomerados que deixam cada vez menos espaço aos competidores independentes. O movimento vem despertando a atenção das autoridades concorrenciais brasileiras no sentido de evitar a dominação de mercado e reprimir a infração às normas concorrenciais vigentes no País.

Um dos temas mais frequentemente negligenciados ou esquecidos pelos donos de empresa diz respeito às hipóteses em que se deve notificar o órgão concursal brasileiro sobre operações de fusão e aquisição ocorridas exclusivamente no exterior.

O tema é bastante polêmico e o entendimento ainda não foi pacificado pela jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

A Lei n. 8.884/94 (Lei Concorrencial) estabelece, em seu artigo 54, caput e §3º, que os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do Cade, incluindo aqueles que impliquem participação superior a 20% do mercado relevante ou aqueles em que qualquer dos participantes tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400 milhões.

Com relação aos limites territoriais, em 2005 o Cade editou a Súmula n. 1 que determina que é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes da operação. Isso contribuiu significativamente para a diminuição do número de atos de concentração submetidos à apreciação do Cade e representou notável avanço em nossa legislação e nas práticas concorrenciais.

É importante observar que existe divergência de entendimento entre os diferentes órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) sobre quais participantes envolvidos na operação devem observar o critério do faturamento (R\$ 400 milhões).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendem que apenas o faturamento do grupo econômico da empresa vendedora não é condição suficiente para que se tenha de notificar o Cade da operação, sustentando que o referido faturamento deve se restringir ao negócio adquirido, de modo a não considerar o faturamento do grupo econômico da empresa vendedora que não for relacionado à operação (negócio alienado).

O Cade, por sua vez, já manifestou decisão nos dois sentidos.

Assim, é prudente submeter à apreciação do órgão concursal brasileiro as operações cujo faturamento de qualquer dos participantes envolvidos ou do grupo de empresas do qual fazem parte for equivalente ou superior a R\$ 400 milhões, independentemente de ser faturamento do grupo vendedor ou do grupo comprador, desde que o movimento tenha sido registrado no território brasileiro.

O artigo 2º, caput e §1º, da Lei Concorrencial estipula que estão sujeitas às disposições dessa lei as práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional, ou que nele produzam ou possam produzir efeitos, considerando-se como domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

Nota-se que essa sistematização optou pela adoção do princípio da territorialidade objetiva para definir a competência de nossa Lei Concorrencial, segundo a qual as operações ocorridas no exterior podem produzir efeitos no território nacional. Em outras palavras, as operações realizadas no exterior que não produzam efeitos no Brasil, ainda que potenciais, não estão sujeitas às disposições da Lei Concorrencial.

Mesmo as operações realizadas no exterior em que as partes envolvidas não possuam no território nacional filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante devem ser submetidas à apreciação do Cade desde que se comprove a efetiva existência de efeitos provenientes da operação no mercado brasileiro.

Recomendamos especial atenção ao exposto acima a fim de se evitar a imposição de multas, muitas vezes fixadas em valores vultosos, aplicadas pelas autoridades concorrenciais brasileiras, bem como para garantir o fiel cumprimento das normas concorrenciais vigentes no País. O Projeto de Lei n. 3.937/2004, ao qual foi apensado o projeto de Lei n. 5.877/2005, propõe importantes modificações nas regras relativas aos critérios de notificação ao Cade dos atos de concentração. O texto propõe a introdução de uma "segunda trava" com critério de faturamento de R\$ 30 milhões para a outra empresa participante da operação, a fim de evitar que todas as aquisições de empresas muito pequenas por empresas maiores tenham de ser notificadas ao Cade.

Nesse sentido, o artigo 88 do projeto determina que devam ser submetidas à apreciação do Cade as operações em que, cumulativamente:

- a) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400 milhões;
- b) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30 milhões.

Fonte: DCI, São Paulo, 27 ago. 2010. Caderno A, p. A2.