



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

CONSULTA Nº 08700.002392/2014-70

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

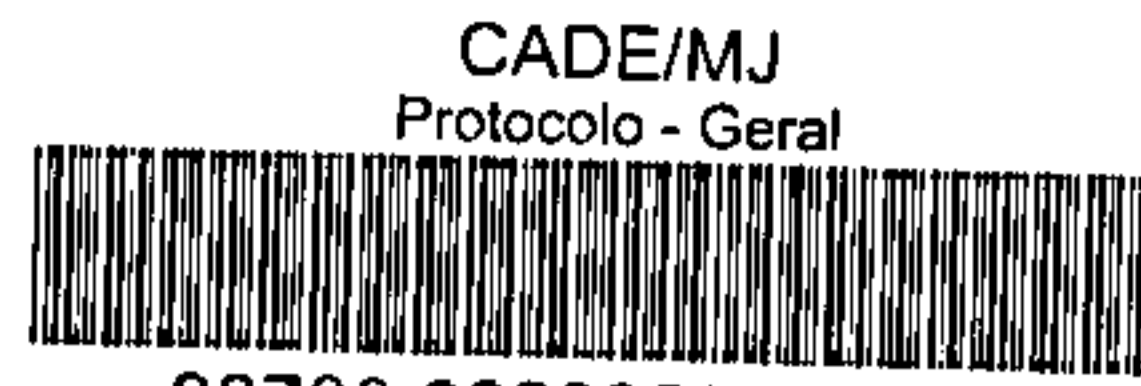
CONSULTA PÚBLICA Nº 02/2014
MEMO 26/2014/PRES

MOVIMENTAÇÕES:

SEQ	SIGLA	CÓDIGO	DATA	SEQ	SIGLA	CÓDIGO	DATA
01			/ /	15			/ /
02			/ /	16			/ /
03			/ /	17			/ /
04			/ /	18			/ /
05			/ /	19			/ /
06			/ /	20			/ /
07			/ /	21			/ /
08			/ /	22			/ /
09			/ /	23			/ /
10			/ /	24			/ /
11			/ /	25			/ /
12			/ /	26			/ /
13			/ /	27			/ /
14			/ /	28			/ /

AS MOVIMENTAÇÕES DEVERÃO SER COMUNICADAS AO PROTOCOLO

ANEXOS:



08700.002392/2014-70

Memorando nº 26/2014/Pres/CADE

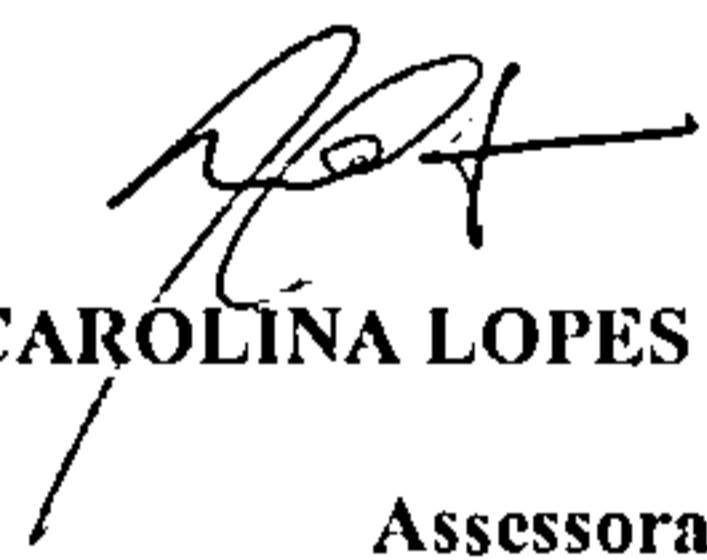
Brasília, 19 de março de 2014.

Ao Senhor Paulo Eduardo Silva Oliveira
Chefe da COGEAP

Assunto: Autuação e Abertura de volume

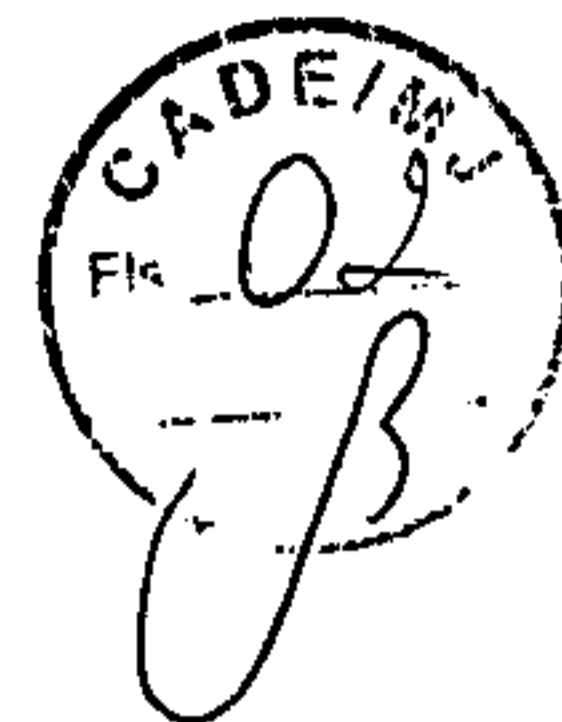
Solicito a autuação dos documentos anexos e a abertura de volume referente a tipo de processo "Consulta Pública nº 02/2014".

Atenciosamente,


ANA CAROLINA LOPES DE CARVALHO
Assessora

PROTOCOLADO em 08/00 -20-MAR-2014-14:15-002392-2/2

* Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE/MJ



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

DESPACHO VMC 75/2014

O Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade torna públicas, para fins de abertura de consulta pública, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.784 de 1999 e do art. 230, *caput* e §1º, do Regimento Interno do Cade, as seguintes propostas de alteração regimental:

“Art.109.....
.....

Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.”

“Art.122.....
.....

§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

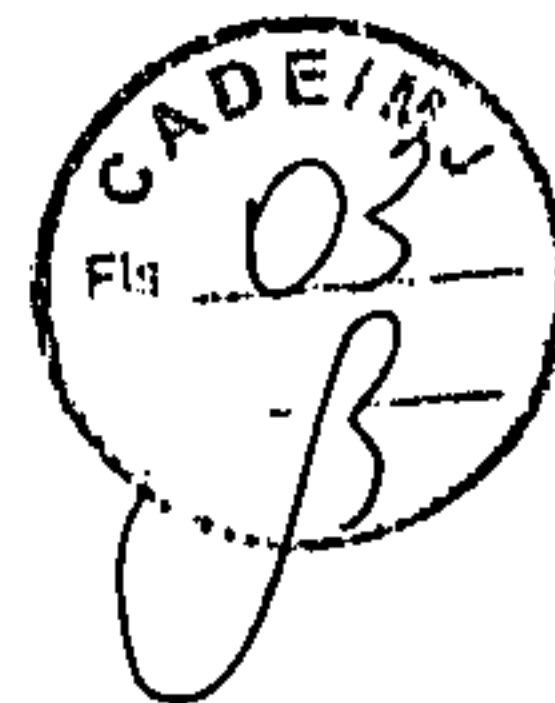
§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.”

“Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:

I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;

II – manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.”



“Art.132.

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

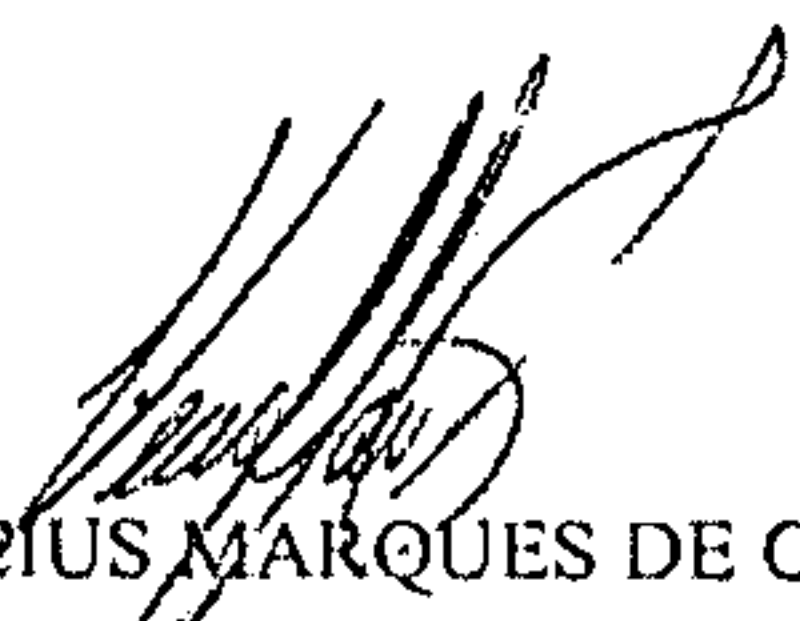
§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;

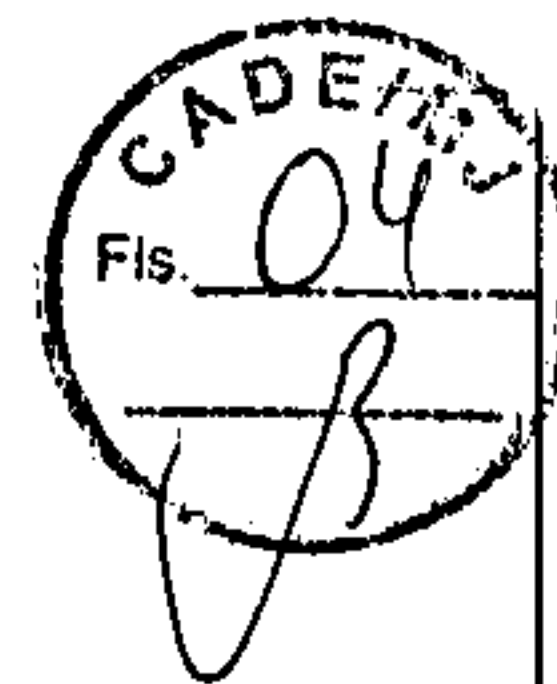
§3º O decurso *in albis* do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.”

O período de consulta pública será de 30 (trinta) dias, com início no dia 19 de fevereiro de 2014, quando a minuta proposta de alteração será publicada no sítio eletrônico do Cade, e término no dia 21 de março de 2014.

As contribuições devem ser enviadas, por escrito, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no endereço SEPN, 515, Conjunto D, Lote a, Ed. Carlos Taurisano, Cep: 70770-504 – Brasília/DF, contendo referência expressa no envelope ‘Consulta Pública nº 02/2014’, ou ainda pelo endereço eletrônico ‘consulta022014@cade.gov.br’.

Brasília, 19 de fevereiro de 2014.


VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO
Presidente do Cade



São Paulo, 17 de março de 2014
Pres. F000148

Ilmo. Sr.
Vinícius Marques de Carvalho
DD. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

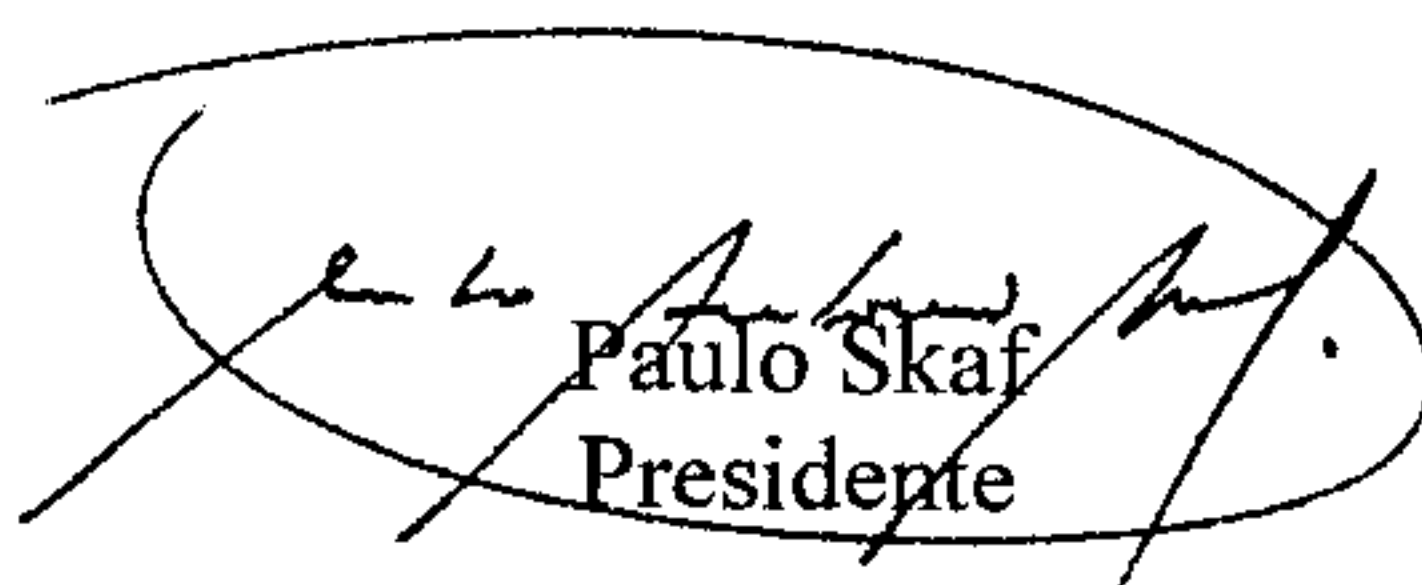
Prezado Presidente,

A FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo solicita a V. Sa. a prorrogação do prazo para entrega de contribuições às Consultas Públicas nº 1, 2 e 3/2014, que estão em andamento, cujo encerramento está previsto para o próximo dia 21 de março de 2014.

Tal pleito se justifica em razão da necessidade de termos tempo hábil para recebimento das sugestões que serão encaminhadas a esta Federação pelos integrantes do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP/CIESP em relação à: (i) Consulta Pública nº 1, no que tange às propostas de alteração do texto da Resolução nº 2, de 29/05/2012, e seus respectivos Anexos; (ii) Consulta Pública nº 2, relativa à proposta de Resolução que altera dispositivos do Regimento Interno do CADE; (iii) Consulta Pública nº 3 referente à proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529/2011.

Diante do exposto, a FIESP requer a V. Sa. a prorrogação do prazo, por mais 15 (quinze) dias, das Consultas Públicas 1, 2 e 3/2014.

Certo de poder contar com o acolhimento desta solicitação, antecipo agradecimentos e renovo a V. Sa. protestos de estima e consideração.


Paulo Skaf
Presidente



FIESP
Federação
das Indústrias
do Estado
de São Paulo

SESI
Serviço
Social
da Indústria

SENAI
Serviço Nacional
de Aprendizagem
Industrial

IRS
Instituto
Roberto Simonsen

Avenida Paulista 1313
01311-923 São Paulo SP
Tel.: (11) 3549 4499
Fax: (11) 3284 3611
www.fiesp.com.br



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

DESPACHO DA PRESIDÊNCIA

Em 18 de março de 2014

Ref.: Prorrogação do prazo para envio de contribuições às Consultas Públicas nº 01/2014, nº 02/2014 e nº 03/2014.

DESPACHO nº 097/2014/PRES/CADE

Tendo em vista as diversas solicitações de prorrogação de prazo para a apresentação de contribuições às Consultas Públicas nº 01/2014, nº 02/2014 e nº 03/2014, bem como que a dilação do prazo permitirá que mais entidades e interessados possam apresentar suas sugestões, prorrogo por 30 (trinta) dias o prazo para a apresentação de sugestões às referidas Consultas.

Diante do exposto, o período de consulta pública se encerra no dia 22 de abril de 2014.

Ao Plenário para homologação.

Publique-se.

É o despacho.



VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO
Presidente

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4
Ed. Carlos Taurisano
Cep: 70770-504 - Brasília/DF

Luiza Kharmandayan



De: kelli.cousins@freshfields.com em nome de andrea.gomesdasilva@freshfields.com
Enviado em: segunda-feira, 24 de março de 2014 07:30
Para: Consulta 012014; Consulta 022014; Consulta 032014
Assunto: Consultas Públicas nº 01/2014, 02/2014, 03/2014
Anexos: FBD Commentarios Consultas Publicas N 01 02 03 2014.pdf

Ao
Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Ref.: Consulta Pública nº 01/2014: alteração do texto da Resolução nº 2/2012 e anexos.
Consulta Pública nº 02/2014: alteração de dispositivos do Regimento Interno do CADE.
Consulta Pública nº 03/2014: proposta de Resolução regulamentando o artigo 90, IV, da Lei nº 12.529/2014.

Prezado Senhor,

Vimos pela presente apresentar o anexo documento contendo os nossos comentários e contribuições em relação às propostas submetidas pelo CADE por meio das Consultas Públicas em referência. Agradecemos pela oportunidade de contribuir de alguma forma e colocamo-nos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos que as autoridades brasileiras entendam necessários.

Atenciosamente,

Andrea Gomes da Silva

Andrea Gomes da Silva
Partner

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
65 Fleet Street
London EC4Y 1HS
T +44 20 7427 3105
M +44 7976 366 267
andrea.gomesdasilva@freshfields.com
www.freshfields.com

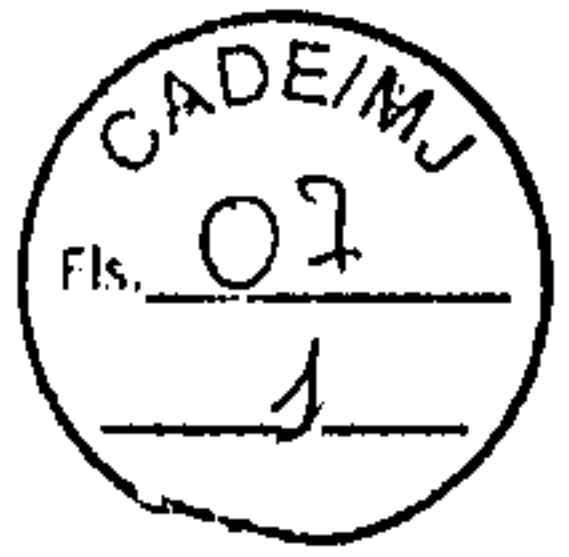
This email is confidential and may be legally privileged. If you have received it in error, please notify us immediately and then delete it. Please do not copy it, disclose its contents or use it for any purpose.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC334789. We are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and a list of our members (and of the non-members who are designated as partners) and their qualifications is available for inspection at our registered office, 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS. Any reference to a partner means a member, or a consultant or employee with equivalent standing and qualifications, of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP or any of its affiliated firms or entities. Please refer to www.freshfields.com/support/legalnotice for regulatory information (including in relation to the provision of insurance mediation services).

Email secured by Check Point



Freshfields Bruckhaus Deringer



COMENTÁRIOS ÀS CONSULTAS PÚBLICAS Nº 01/2014, 02/2014 E 03/2014

CONTRIBUIÇÃO DE FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

20 DE MARÇO DE 2014

COMENTÁRIOS ÀS CONSULTAS PÚBLICAS Nº 01/2014, 02/2014 E 03/2014 DO CADE

1. INTRODUÇÃO

1.1 Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (*Freshfields*) agradece pela oportunidade para apresentar seus comentários em relação às Consultas Públicas nº 01/2014, 02/2014 e 03/2014 (*Consultas Públicas*), lançadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 19 de fevereiro de 2014.

1.2 Acreditamos que as presentes Consultas Públicas representam uma boa oportunidade para dividirmos nossas impressões a respeito das modificações normativas propostas pelo CADE, pela perspectiva de um escritório estrangeiro que representa clientes de diversos países. Os comentários submetidos a seguir são baseados em nossa significativa experiência com o Direito da Concorrência, mais especificamente com relação ao controle de estruturas, acumulada em diversas jurisdições em que atuamos tanto independentemente quanto em próxima colaboração com escritórios locais, como fazemos no Brasil, na representação de clientes dos mais diferentes setores econômicos.¹

1.3 Ao longo dos últimos anos, estivemos indiretamente envolvidos em inúmeros assuntos de nossos clientes perante o CADE, principalmente em casos de controle de concentrações. Isso nos possibilitou acompanhar o desenvolvimento da defesa da concorrência no país e o fortalecimento de suas autoridades e instituições, de um lado, e angariar conhecimento suficiente para ter uma visão compreensiva a respeito dos mecanismos e procedimentos previstos nas normas brasileiras, de outro.

1.4 Os comentários contidos no presente documento são do próprio Freshfields. Eles não necessariamente representam as visões individuais de quaisquer de nossos clientes ou advogados.

2. COMENTÁRIOS GERAIS

2.1 É muito bem-vinda a iniciativa do CADE de aprimorar as normas aplicáveis ao controle de estruturas por meio de modificações que buscam esclarecer determinados pontos controversos, aperfeiçoar os procedimentos de análise e eliminar a necessidade de notificações de operações que reconhecidamente não criam preocupações concorrenciais. Modificações com esse objetivo são louváveis e bem recebidas na medida em que proporcionam maior segurança jurídica e maior eficiência na utilização de recursos públicos e privados.

2.2 Entendemos que as modificações propostas buscam esses objetivos, i.e., prover maior clareza a determinadas práticas que vinham sendo adotadas pelo CADE, disciplinar questões trazidas pela Lei nº 12.529/11, esclarecer sobre necessidade e momento de submissão de determinadas operações, aprimorar as hipóteses de enquadramento no procedimento sumário e aperfeiçoar aspectos de cunho processual.

¹ Vide: [http://www.freshfields.com/en/global/what we do/our services/Competition and antitrust/](http://www.freshfields.com/en/global/what_we_do/our_services/Competition_and_antitrust/)



2.3 Tendo em vista esses objetivos, acreditamos que alguns cuidados e ajustes pontuais seriam úteis para assegurar que as modificações que efetivamente venham a ser implementadas não venham a se tornar novas fontes de incertezas.

Isso dito, os comentários ora apresentados visam abordar os pontos que consideramos merecer especial atenção do CADE para garantir que os objetivos propostos sejam alcançados.

3. CONSULTA PÚBLICA Nº 01/2014: PROPOSTA DE ALTERAÇÕES À RESOLUÇÃO CADE Nº 2/2012: DEFINIÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO, CONSOLIDAÇÃO DE CONTROLE, PROCEDIMENTO SUMÁRIO E DEBÊNTURES

3.1 A primeira modificação colocada na Consulta Pública em referência diz respeito à definição de grupo econômico para cálculo de faturamento para os fins do artigo 88 da Lei nº 12.529/11, especialmente em relação aos fundos de investimento. Essa questão é reconhecidamente complexa e sujeita a muito debate em nível internacional, principalmente diante das inúmeras formas que os fundos de investimento podem apresentar de acordo com as leis dos países em que estes são constituídos.

3.2 Nessa linha, muito embora existam formas mais simples de enfrentar a matéria sem prejudicar ou dificultar a função de controle concorrencial, entendemos que o CADE fez bem (i) em diferenciar a definição de grupo econômico para fins de cálculo do faturamento e (ii) ao colocar de forma expressa aquilo que vinha aplicando na prática. Nesse tocante, vale ressaltar a importância que se deve atribuir à clareza e precisão da norma para que se evite situações de incerteza e que gerem dúvidas e complicações desnecessárias para a própria autoridade concorrencial e aos investidores nacionais e internacionais.

3.3 Com relação às hipóteses de enquadramento no procedimento sumário, é muito bem-vinda a iniciativa de aproximar o critério de participação de mercado nos casos de integração vertical a padrões internacionalmente aceitos.

3.4 Também é muito bem recebida a proposta de inclusão da possibilidade de aplicação do procedimento sumário para casos de ausência denexo de causalidade, tendo em vista a baixa, ou até mesmo insignificante, probabilidade de efeitos concorrenciais sensíveis na estrutura dos mercados afetados. Contudo, deve-se ponderar se não seria o caso de aprimorar os critérios ora propostos de forma a eliminar a necessidade de notificação de operações em que o incremento de participação de mercado for reconhecidamente pequeno.

3.5 A alteração submetida para consulta pública permite interpretações no sentido de que não seria possível aplicar o procedimento sumário para toda e qualquer operação que resulte em acréscimo de participação de mercado quando esta envolver uma parte cuja participação seja igual ou superior a 50%. Tal como proposto, as partes envolvidas terão o elevadíssimo ônus de apresentar um série de informações de mercado exigidas no formulário do rito ordinário ainda que o acréscimo de participação de mercado seja inferior a 1%.

3.6 Nesse sentido, uma alternativa plausível seria eliminar a trava imposta por um critério cumulativo que envolva determinada participação de mercado por outro baseado somente no Índice Herfindahl–Hirschman (*HHI*). Uma modificação como esta (i) estaria completamente alinhada com práticas internacionais, (ii) continuaria a atender os objetivos perseguidos pelo CADE e (iii) permitiria o rito sumário para operações que resultem em aumentos insignificantes de participação de mercado.

3.7 Também é louvável a iniciativa de eliminação da necessidade de notificação da hipótese prevista no artigo 11 da Resolução CADE nº 2/2012, i.e., consolidação de controle que resulte na condição de maior acionista individual. Por outro lado, destaca-se o fato de que a nova redação proposta para o artigo 9º da referida resolução pode vir a gerar dúvidas, pois demanda a notificação para todo e qualquer tipo de alteração de controle. Nessa linha, de forma a afastar possíveis incertezas jurídicas, o CADE andaria bem se qualificasse as hipóteses compreendidas como sendo alterações de controle de notificação obrigatória ou propusesse uma definição de controle para tais fins.

3.8 No que toca o último ponto desta Consulta Pública, entendemos como bem-vinda a regulamentação das hipóteses de notificação de operações de notificação de debêntures. Muito embora existam discussões sobre a necessidade de notificação de operações como essas, o CADE acerta ao regular aquilo que de certa forma vem aplicando em suas decisões.

4. CONSULTA PÚBLICA Nº 02/2014: PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DE OPERAÇÕES REALIZADAS EM BOLSA DE VALORES E PROCEDIMENTO DE AVOCACÃO PELO TRIBUNAL DO CADE

4.1 Em relação à Consulta Pública em referência, limitamo-nos a comentar que, indiscutivelmente, o CADE contribui muito para a segurança jurídica ao regular a forma como devem ser notificadas as operações realizadas em bolsa de valores. Sem dúvida essa iniciativa elimina dúvidas de muitos investidores, principalmente se considerada a dinamicidade dos mercados de valores mobiliários.

4.2 Como meio de tornar a questão ainda mais segura, seria proveitoso esclarecer que operações em bolsa de valores realizadas para investimento de curto prazo sem exercício de direitos políticos não demandariam notificação ao CADE. Ainda que isso possa ser inferido da mudança proposta, a adoção desse cuidado adicional afastaria por completo qualquer dúvida sobre investimentos de curtíssimo prazo, num ambiente em que bancos e investidores realizam inúmeras operações no mesmo dia.

5. CONSULTA PÚBLICA Nº 03/2014: ADOÇÃO DE RESOLUÇÃO DISPONDO SOBRE A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO ASSOCIATIVO, DE QUE TRATA O INCISO IV DO ARTIGO 90 DA LEI Nº 12.529/11

5.1 De todas as questões colocadas sob Consulta Pública, a regulamentação das notificações envolvendo contratos associativos provavelmente é a mais aguardada nacional e internacionalmente. Também é aquela que pode gerar o maior impacto sobre o número de notificações atualmente submetidas ao CADE. Considerando a data de entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, parece ter corrido tempo suficiente para maturação da ideia daquilo que se deve considerar como contrato associativo de



notificação obrigatória. Portanto, a proposta de regulamentação chega em bom momento.

5.2 Ainda que a regulamentação da matéria seja extremamente necessária e esperada, o texto normativo contido na proposta aparenta conter uma linguagem que pode levar ao incremento substancial de notificações ao CADE de operações incapazes de gerar quaisquer problemas concorrenciais.

5.3 A adoção de critérios objetivos e precisos em relação à obrigatoriedade de notificação de operações é sempre recebida com louvor. Entretanto, é fundamental que esses critérios encontrem respaldo nos objetivos perseguidos pela Lei por meio do controle de estruturas. Logo, ao menos em tese, a autoridade concorrential deve analisar aqueles atos e contratos capazes de alguma forma alterar a estrutura de mercado. Contratos nitidamente incapazes de gerar problemas dessa ordem não deveriam estar, ao menos *a priori*, sujeitos à notificação obrigatória.

5.4 Isso dito, parece prudente associar a necessidade de submissão à verificação de efeitos concorrenciais das relações verticais e horizontais no contexto do contrato em questão. Do contrário, será potencialmente de notificação obrigatória qualquer relação contratual que envolva partes cujos grupos econômicos mantenham entre si alguma forma de relação vertical ou horizontal, mesmo que estanque do próprio contrato em questão.

5.5 Essa delimitação mostra-se especialmente importante no caso do artigo 2º, I, da proposta de Resolução nº 8/2014, pois tal como colocado todo e qualquer contrato entre empresas de grupos que eventualmente concorram em algum mercado estará sujeito à notificação CADE; até mesmo simples contratos de fornecimento, prestação de serviço e de compra e venda poderiam ensejar uma submissão.

5.6 Acreditamos que seja saudável buscar que a Resolução a ser implementada contenha um conceito apropriado de contrato associativo e que adote critérios que vinculem a necessidade de submissão (i) aos mercados relevantes associados às relações verticais e horizontais decorrentes dos próprios contratos e (ii) conseqüentemente, a modificações estruturais. Isso certamente impedirá um aumento substancial do número de notificações ao CADE de operações absolutamente irrelevantes concorrentialmente, permitindo que a autoridade e as partes façam um uso mais eficientes de seus recursos.

5.7 Nessa linha, acreditamos que a experiência de outras jurisdições e suas respectivas normas vigentes a respeito de operações sujeitas ao controle de estruturas, eventuais exceções aplicáveis e guias de análise podem apresentar sugestões interessantes para servir de inspiração para a adoção de um conceito de contrato associativo que atenda tanto a Lei nº 12.529/11 como as preocupações do CADE.²

² Vide, por exemplo: Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas; Orientações relativas à aplicação do artigo 81 do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia; Regulamento (CE) nº 772/2004, de 27 de Abril de 2004 relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81 do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia;

5.8 O emprego de critérios mais restritivos não representam um aumento de eventuais riscos, tendo em vista que a própria Lei nº 12.529/11 dispõe de outros mecanismos para reprimir abusos concorrenciais. Nessa linha, o controle de condutas possui instrumental jurídico suficiente para coibir práticas que atentem contra a ordem econômica, sejam aquelas decorrentes do abuso de poder dominante como aquelas relacionadas à coordenação entre agentes econômicos.

5.9 Esses são os nossos comentários e contribuições em relação às propostas submetidas pelo CADE por meio das Consultas Públicas. Agradecemos pela oportunidade de contribuir de alguma forma e colocamo-nos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos que as autoridades brasileiras entendam necessários.

DE/MJ
10
4

CGTI/CADE

Luiza Kharmandayan



De: Vinicius Eloy dos Reis
Enviado em: segunda-feira, 31 de março de 2014 17:32
Para: Consulta 022014
Assunto: Alteração regimento interno do Cade

Senhores(as), a consulta pública nº 002/2014 trata dos Arts. 109, 122, 131 e 132, porém gostaria de fazer um observação sobre o Art. 17 do Regimento Interno do CADE. O nome do SISP – Sistema de administração de recursos de tecnologia da informação foi alterado pelo Decreto nº 7.579 de 2011. O nome anterior (Sistema de administração de recursos de informação e informática) foi dado pelo Decreto nº 1.048 de 1994 já revogado. Segue abaixo a proposta.

Texto atual:

Art. 17. Compete à Diretoria Administrativa:

.....

II - planejar, coordenar e supervisionar a execução das atividades relacionadas com os sistemas federais de planejamento e de orçamento, de organização e modernização administrativa, de contabilidade e de administração financeira, de administração de recursos de informação e informática, de recursos humanos e de serviços gerais, no âmbito do Cade;

Texto proposto:

Art. 17. Compete à Diretoria Administrativa:

.....

II - planejar, coordenar e supervisionar a execução das atividades relacionadas com os sistemas federais de planejamento e de orçamento, de organização e modernização administrativa, de contabilidade e de administração financeira, de administração de recursos de tecnologia da informação, de recursos humanos e de serviços gerais, no âmbito do Cade;

Atenciosamente,

Vinicius Eloy dos Reis

Coordenador-Geral de Tecnologia da Informação - CGTI

Diretoria Administrativa - DA

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Tel.: (61) 3221-8552

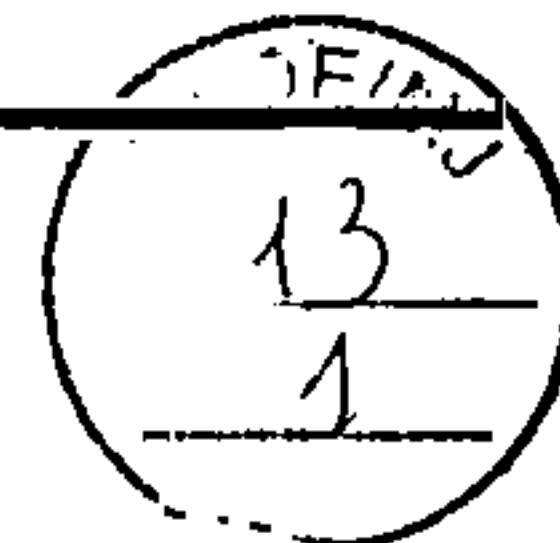
7



IBP

Luiza Kharmandayan

De: Luiza Kharmandayan
Enviado em: quarta-feira, 16 de abril de 2014 19:57
Para: Consulta022014@cade.gov.br
Assunto: ENC: IBP - Contribuições à Consulta Pública CADE nº 02/2014
Anexos: Proposta IBP - Consulta 2 - 2014.pdf; JUR_BR_1147159_1.doc



De: Luiza Kharmandayan **Em nome de** Consulta 012014
Enviada em: quarta-feira, 16 de abril de 2014 19:53
Para: Ana Carolina Lopes de Carvalho
Assunto: ENC: IBP - Contribuições à Consulta Pública CADE nº 02/2014

De: Matias Lopes [mailto:matias.lopes@ibp.org.br]
Enviada em: quarta-feira, 16 de abril de 2014 15:47
Para: Consulta 012014
Assunto: IBP - Contribuições à Consulta Pública CADE nº 02/2014

Prezados Senhores,

O IBP, entidade voltada para a promoção do desenvolvimento do setor nacional de petróleo, gás e biocombustíveis, visando uma indústria competitiva, sustentável, segura e socialmente responsável, ao longo de seus 50 anos, construiu reconhecida credibilidade junto à sociedade e ao Estado não apenas por seu singular conhecimento técnico, mas também por fomentar as discussões de grandes temas para a constante estruturação do perfil do setor afim.

Por isso o IBP sãda a iniciativa do CADE de compartilhar previamente com os diversos segmentos da sociedade, as minutas de normatizações que acabam por afetar a todos os agentes econômicos.

O IBP, através dos arquivos anexos (mesmo contedo em PDF e Word), encaminha seus comentários e sugestões elaborados para a Consulta Pública CADE nº 02/2014.

Vale observar que os comentários ora encaminhados representam, em termos gerais, a posição dos associados do IBP na sua integralidade, sem prejuízo do envio individual de pontos específicos pertinentes a cada empresa.

Atenciosamente,

Matias de Oliveira Lopes
IBP – Gerente Jurídico e Tributário
Av Almirante Barroso, 52 – 26 andar
Rio de Janeiro, RJ
Tel.: +5521 21129013
Cel.: +5521 974275886

Email secured by Check Point

CONSULTA PÚBLICA CADE N° 2/2014

SUGESTÕES E JUSTIFICATIVAS

DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCOMBUSTÍVEIS - IBP

Consulta Pública

ARTIGO DA MINUTA	REDAÇÃO DA MINUTA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Art. 109 – B Inclusão</p>	<p>Não há.</p>	<p>Art. 109-B. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, a cessão de direitos e obrigações que altera apenas a titularidade do contrato firmado com o Poder Concedente, sujeita a aprovação prévia deste, independente de aprovação prévia do Cade para sua consumação.</p> <p>§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício de direitos políticos atrelados à posição contratual adquirida. Isto é, fica proibida a participação ativa do novo agente econômico no processo decisório da operação do contrato firmado com o Poder Concedente, até a aprovação prévia do Cade.</p> <p>§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.</p>	<p>Dado o reconhecimento do CADE quanto à sensibilidade e urgência de determinadas medidas relacionadas à execução das cessões de direitos e obrigações de contratos firmados com o Poder Concedente, o IBP pede que seja estendido a tais hipóteses de cessão de direitos e obrigações, o tratamento dado a ofertas públicas e outras operações em bolsa de valores. A proposta visa ainda manter a coerência quanto à concorrência, no que tange à proibição da participação ativa do novo agente econômico no processo decisório da operação do contrato firmado com o Poder Concedente, até a aprovação prévia do Cade, sem limitar, contudo, as transações neutras do ponto de vista concorrencial.</p>

DE/MJ
14
4

DE/MJ
15
1

SOUZA
CESCON
ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: Leonardo Danesi [Leonardo.Danesi@scbf.com.br]
Enviado em: quinta-feira, 17 de abril de 2014 19:13
Para: Consulta 022014
Cc: Fabíola C. L. Cammarota de Abreu; Joyce Honda; Ricardo Gaillard; Luciano Souza
Assunto: Comentários SCBF sobre a Consulta Pública No. 02/2014
Anexos: Carta CADE_Consulta Pública 02-2014.pdf; Consulta Pública No. 02_Comentários SCBF.PDF

Prezados:

Em atenção à Consulta Pública No. 02/2014, apresentamos carta de encaminhamento e comentários de Souza, Cescon, Barrieu & Flesch Advogados.

Atenciosamente,

Leonardo

Leonardo M. L. Danesi | Souza, Cescon, Barrieu & Flesch Advogados
Rua Funchal, 418, 12º andar | 04551 060 | São Paulo SP | Brasil | www.scbf.com.br
T 55 11 3089 6733 | F 55 11 3089 6565 | leonardo.danesi@scbf.com.br

Esta mensagem pode conter informações confidenciais e sujeitas a sigilo. A sua utilização, cópia e divulgação não autorizadas são proibidas. Caso tenha recebido esta mensagem por engano, por favor informe ao remetente e apague-a juntamente com seus anexos. | This message may contain confidential and privileged information. Unauthorized use, disclosure or copying is prohibited. If you are not the intended recipient, please advise the sender and delete this message and any attachments.

Email secured by Check Point

SOUZA, CESCON, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

Rua Funchal 418 - 11º andar - 04551-060 São Paulo SP Brasil
T. 55 11 3089.6500 F. 55 11 3089.6565

São Paulo Rio de Janeiro Belo Horizonte Brasília Salvador
www.scbf.com.br



São Paulo, 17 de abril de 2014

Ao

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

At.: Dr. Vinícius Marques de Carvalho (Presidente do CADE)

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Taurisano.

CEP 70770-504

Brasília/DF

(via e-mail: consulta022014@cade.gov.br)

Ref.: Comentários do Souza, Cescon, Barriou
& Flesch Advogados sobre a Consulta Pública
No. 02/2014.

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. CADE,

O escritório de advocacia Souza, Cescon, Barriou & Flesch Advogados (“SCBF”), em atenção às Consultas Públicas Nos. 01, 02 e 03 de 2014, vem, perante esta autarquia federal, com o intuito de contribuir para a melhoria e o desenvolvimento das regras aplicadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tecer breves comentários e sugestões no que tange à alteração vislumbrada pela Consulta Pública No. 02/2014.

Preliminarmente, cumpre observar que os comentários ora apresentados são resultado de inúmeras discussões que os signatários tiveram com empresas, gestores de fundos de investimento e demais destinatários das normas a serem alteradas ou implementadas por este E. CADE. Em razão da importância do procedimento de consulta pública, instrumento de efetivação da democracia direta e participativa, e tendo em vista a pertinência e relevância do tema e das preocupações trazidas pelo grupo com o qual os signatários tiveram a oportunidade de debater, encaminhamos o resultado de tais discussões à apreciação deste Conselho.

Diante do objeto tratado nas três Consultas Públicas, reconhecemos a clara intenção de melhoria do texto normativo, enaltecendo a iniciativa por sua natureza procedimental e, também, por sua substância.

A seguir, tratou-se de cada ponto da Consulta por meio de tabelas para facilitar a visualização, abordando (i) a redação atual, (ii) a redação proposta pela Consulta Pública, (iii) a eventual sugestão do SCBF, indicando, em marcas, as alterações ao texto

SOUZA, CESCUN, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

proposto na Consulta, e (iv) eventuais explicações e comentários para as alterações sugeridas.

Feitos os devidos apontamentos, o SCBF gostaria de reiterar seus protestos de elevada estima e distinta consideração, colocando-se à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

Fabíola Carolina Lisboa Cammarota de Abreu
OAB/SP No. 146.392

Joyce Midori Honda
OAB/SP No. 195.358

Ricardo Lara Gaillard
OAB/SP No. 247.513

Luciano Inácio de Souza
OAB/DF No. 30.164

COMENTÁRIOS À CONSULTA PÚBLICA NO. 02/2014

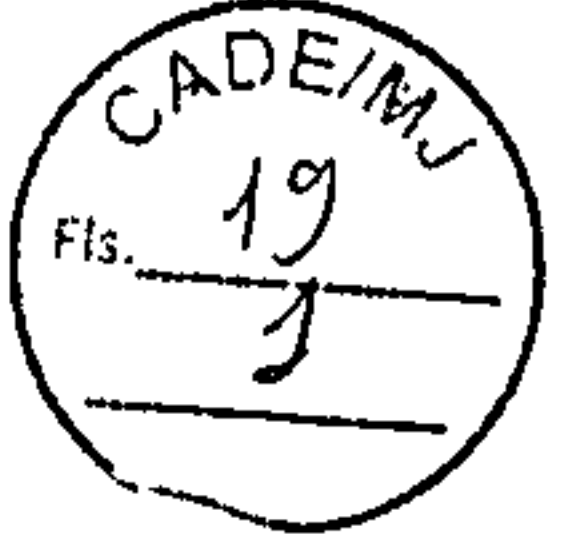
REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO Nº I) - ARTIGO 109			
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
<p>Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir da sua publicação e independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação.</p> <p>§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio da oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.</p> <p>§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.</p>	<p>Art.109..... Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.</p>	-	-



REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO N.º 1) - ARTIGO 122			
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
<p>Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração:</p> <p>I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;</p> <p>II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento.</p> <p>Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os</p>	<p>Art.122.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.</p>	<p>Art.122.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>§1º Parágrafo único: Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que o despacho de avocação do Conselheiro, nos termos do inciso II deste artigo, exporá os motivos que fundamentam a avocação, e deverá</p>	<p>A Lei 12.529/11 prevê o prazo de 15 dias, a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral, dentro do qual o "Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento (...)" (artigo 65, caput e inciso II). Desta forma, a alteração proposta é necessária em estrita observância ao texto legal, segundo o qual a avocação é ato do Tribunal, motivo pelo qual o despacho de avocação do Conselheiro deve ser homologado em sessão pelo Tribunal neste prazo, não podendo a Resolução prorrogá-lo, o que geraria insegurança jurídica.</p> <p>É fundamental que as Requerentes sejam intimadas, por meio de seus representantes legais acerca da eventual interposição de recurso ou da avocação.</p>

SOUZA, CESCION, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

<p>documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.</p>	<p><u>ser homologado pelo Tribunal em sessão, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</u></p> <p>§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação. Em caso de interposição de recurso previsto no inciso I ou de avocação prevista no inciso II, os representantes legais das Requerentes deverão ser intimados no(s) endereço(s) de correio eletrônico informado(s) nos autos, no prazo previsto no caput deste artigo.</p>
--	---



REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO Nº 1) - ARTIGO 131			
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
<p>Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a provocação de avocação ao Tribunal ficará prevento para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que fundamentam o pedido.</p> <p>§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou</p> <p>II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de instrução complementar no Tribunal.</p> <p>§2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	<p>Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II – manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	-	-

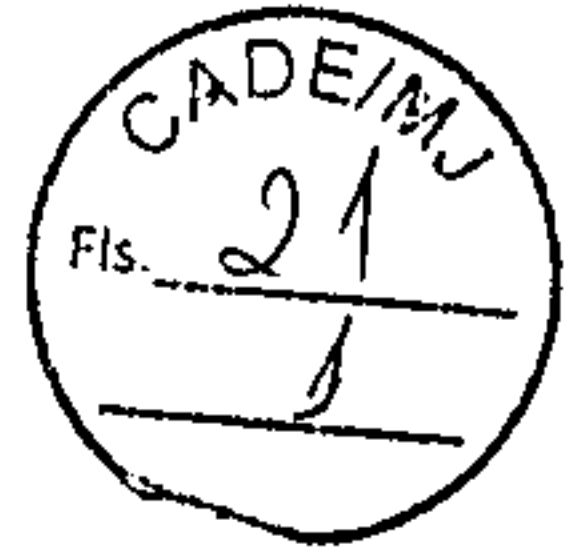
REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO Nº I) - ARTIGO 132

Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
<p>Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.</p> <p>Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p>	<p>Art.132.....</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p> <p>§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.</p>	<p>Art.132.....</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 122 desta Resolução;</p> <p>§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.</p>	<p>Vide comentário ao artigo 122.</p>

SOUZA, CESCON, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

Rua Funchal 418 - 11º andar - 04551-060 São Paulo SP Brasil
T. 55 11 3089.6500 F. 55 11 3089.6565

São Paulo Rio de Janeiro Belo Horizonte Brasília Salvador
www.scbf.com.br



São Paulo, 17 de abril de 2014

Ao

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

At.: Dr. Vinícius Marques de Carvalho (Presidente do CADE)

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Taurisano.

CEP 70770-504

Brasília/DF

(via e-mail: consulta022014@cade.gov.br)

Ref.: Comentários do Souza, Cescon, Barriou
& Flesch Advogados sobre a Consulta Pública
No. 02/2014.

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. CADE,

O escritório de advocacia Souza, Cescon, Barriou & Flesch Advogados (“SCBF”), em atenção às Consultas Públicas Nos. 01, 02 e 03 de 2014, vem, perante esta autarquia federal, com o intuito de contribuir para a melhoria e o desenvolvimento das regras aplicadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tecer breves comentários e sugestões no que tange à alteração vislumbrada pela Consulta Pública No. 02/2014.

Preliminarmente, cumpre observar que os comentários ora apresentados são resultado de inúmeras discussões que os signatários tiveram com empresas, gestores de fundos de investimento e demais destinatários das normas a serem alteradas ou implementadas por este E. CADE. Em razão da importância do procedimento de consulta pública, instrumento de efetivação da democracia direta e participativa, e tendo em vista a pertinência e relevância do tema e das preocupações trazidas pelo grupo com o qual os signatários tiveram a oportunidade de debater, encaminhamos o resultado de tais discussões à apreciação deste Conselho.

Diante do objeto tratado nas três Consultas Públicas, reconhecemos a clara intenção de melhoria do texto normativo, enaltecendo a iniciativa por sua natureza procedimental e, também, por sua substância.

A seguir, tratou-se de cada ponto da Consulta por meio de tabelas para facilitar a visualização, abordando (i) a redação atual, (ii) a redação proposta pela Consulta Pública, (iii) a eventual sugestão do SCBF, indicando, em marcas, as alterações ao texto

SOUZA, CESCUN, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

proposto na Consulta, e (iv) eventuais explicações e comentários para as alterações sugeridas.

Feitos os devidos apontamentos, o SCBF gostaria de reiterar seus protestos de elevada estima e distinta consideração, colocando-se à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

Fabíola Carolina Lisboa Cammarota de Abreu
OAB/SP No. 146.392

Joyce Midori Honda
OAB/SP No. 195.358

Ricardo Lara Gaillard
OAB/SP No. 247.513

Luciano Inácio de Souza
OAB/DF No. 30.164

COMENTÁRIOS À CONSULTA PÚBLICA NO. 02/2014

REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO Nº 1) - ARTIGO 109			
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
<p>Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir da sua publicação e independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação.</p> <p>§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio da oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.</p> <p>§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.</p>	<p>Art.109.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.</p>	-	-



REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO Nº 1) - ARTIGO 122			
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
<p>Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração:</p> <p>I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;</p> <p>II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento.</p> <p>Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os</p>	<p>Art.122.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.</p>	<p>Art.122.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>§1º Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que o Conselheiro, nos termos do inciso II deste artigo, exporá os motivos que fundamentam a avocação, e deverá</p>	<p>A Lei 12.529/11 prevê o prazo de 15 dias, a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral, dentro do qual o "Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento (...)" (artigo 65, caput e inciso II). Desta forma, a alteração proposta é necessária em estrita observância ao texto legal, segundo o qual a avocação é ato do Tribunal, motivo pelo qual o despacho de avocação do Conselheiro deve ser homologado em sessão pelo Tribunal neste prazo, não podendo a Resolução prorrogá-lo, o que geraria insegurança jurídica.</p> <p>É fundamental que as Requerentes sejam intimadas, por meio de seus representantes legais acerca da eventual interposição de recurso ou da avocação.</p>

SOUZA, CESCION, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.

ser homologado pelo Tribunal em sessão, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

§4º ~~O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.~~ Em caso de interposição de recurso previsto no inciso I ou de avocação prevista no inciso II, os representantes legais das Requerentes deverão ser intimados no(s) endereço(s) de correio eletrônico informado(s) nos autos, no prazo previsto no caput deste artigo.

AD E/MJ
23
1

REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO Nº 1) - ARTIGO 131			
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
<p>Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a provocação de avocação ao Tribunal ficará prevento para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que fundamentam o pedido.</p> <p>§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou</p> <p>II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de instrução complementar no Tribunal.</p> <p>§2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	<p>Art. 131. O Conselheiro que profenir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II – manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	-	-

REGIMENTO INTERNO DO CADE (RESOLUÇÃO Nº I) - ARTIGO 132

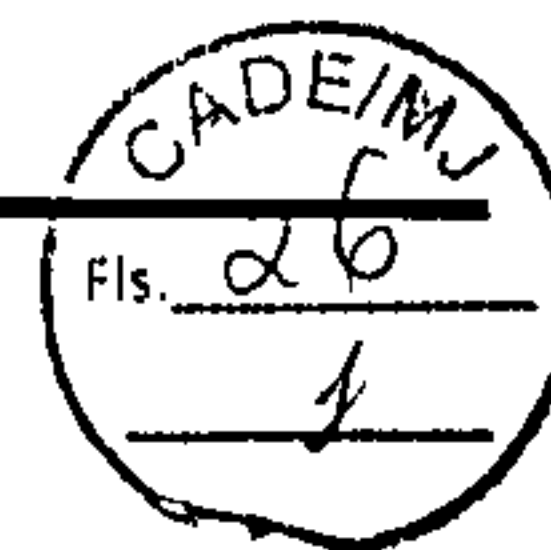
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBE	Explicações/ Comentários
<p>Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.</p> <p>Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p>	<p>Art.132.....</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p> <p>§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.</p>	<p>Art.132.....</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 122 desta Resolução;</p> <p>§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.</p>	<p>Vide comentário ao artigo 122.</p>

CADE/MJ
Fis. 24
1

EIMJ
25
1

OAB

Luiza Kharmandayan



De: vicentebagnoli@gmail.com em nome de Vicente Bagnoli
[bagnoli@vicentebagnoli.com.br]
Enviado em: sexta-feira, 18 de abril de 2014 13:24
Para: Consulta 022014
Assunto: Consulta Pública nº 02/2014
Anexos: Comentários à Consulta Pública do Cade CECORE-OAB-SP_Consulta2_2014.pdf

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. CADE,

A Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP ("CECORE") gostaria de fazer breves ponderações e sugestões sobre a Consulta Pública nº 02/2014 conforme documento anexo.

Atenciosamente,

Vicente Bagnoli / Daniel Andreoli

São Paulo, 17 de abril de 2014.

À
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
At: Dr. Vinícius Marques de Carvalho, Presidente do CADE
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Taurisano.
CEP 70770-504
Brasília – DF
(via *email*: consulta022014@cade.gov.br)

Ref.: Manifestação da CECORE sobre a
a Consulta Pública nº 02/2014 que prevê
alterações ao regimento interno do CADE,
disciplinando a notificação de operações
realizadas em bolsa e o procedimento de
avocação de operações pelo Tribunal do
CADE.

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. CADE,

A Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP (“CECORE”) gostaria de fazer breves ponderações e sugestões sobre a Consulta Pública nº 02/2014 que prevê alterações ao regimento interno do CADE, disciplinando a notificação de operações realizadas em bolsa e o procedimento de avocação de operações pelo Tribunal do CADE. Entende-se que o momento é bastante oportuno para revisitar tais temas, uma vez transcorrido aproximadamente dois anos da entrada em vigor da lei de defesa da concorrência.

É sempre válido notar que o procedimento de consultas públicas, realizado por órgãos da Administração Pública em diversos países, entre eles o Brasil, é um instrumento utilizado para que os cidadãos possam opinar, conforme regras e prazos estipulados, sobre matérias que os órgãos pretendem normatizar. Trata-se de instrumento essencial para o exercício da democracia.

Nesse sentido, a CECORE procura contribuir com todas as consultas públicas abertas pelo CADE, em atenção aos seus objetivos de fomentar o debate sobre questões relacionadas à defesa da concorrência no Brasil e de contribuir para o aperfeiçoamento institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Para tanto, geralmente são criados grupos de estudo para cada consulta pública, que ficam encarregados de minutar a manifestação a ser apresentada pela CECORE.

OABSP

**Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de São Paulo**

Especificamente na presente consulta, a CECORE considera necessário enaltecer a iniciativa e a intenção do CADE em criar critérios mais objetivos de modo a conferir maior transparência e segurança jurídica a esses trâmites.

Outrossim, cumpre ressaltar que no tocante ao procedimento de avocação de operações pelo Tribunal do CADE, trata-se de sugestão feita ao CADE pela Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica - CECORE/OAB-SP, por meio de documento datado de 21 de outubro de 2013, o qual foi recebido e discutido internamente pelo CADE, incentivando o debate objeto da presente Consulta Pública.

Passa-se a tratar cada um dos pontos da consulta, sempre que necessário, sugerindo alterações no texto (redação proposta), com exclusões e inclusões, e apresentando os comentários pontuais da CECORE para cada ponto que entende pertinente, de modo a contribuir com uma análise mais apurada pelo CADE.

De modo a facilitar a apresentação de suas sugestões e comentários, a CECORE elaborou a sua Manifestação em tabelas, conforme se observa a seguir.

Sendo o que se apresentava para o momento, a CECORE reitera seus protestos de elevada estima e consideração, e coloca-se à disposição para quaisquer esclarecimentos, inclusive por meio de reunião, se esse E. CADE entender necessário.

Atenciosamente,

**PRESIDENTE DA CECORE/OAB-SP
Vicente Bagnoli**

**VICE- PRESIDENTE DA CECORE/OAB-SP
Daniel Oliveira Andreoli**

PARTICIPARAM DA MANIFESTAÇÃO DA CECORE/OAB-SP

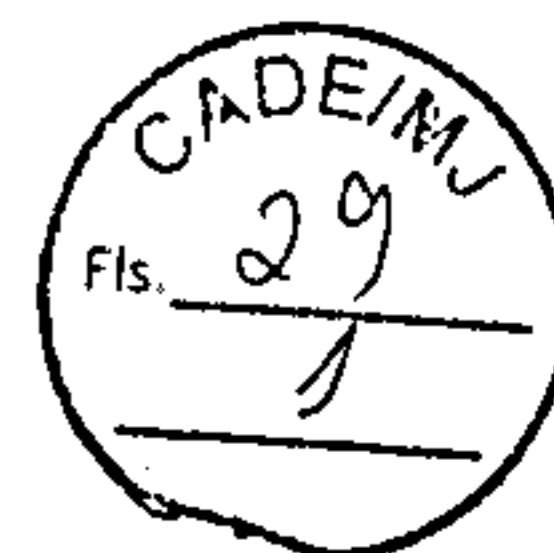
**Adriana Giannini
André Franchini Giusti
Antonio Garbelini Junior
Barbara Rosenberg
Bruno Lanna Peixoto
Bruno Peres Carbone
Leda Batista
Lilian Barreira Spina
Marcelo Henrique Lapolla A. Andrade
Murilo Sampaio Ferraz
Olavo Zago Chinaglia
Patrícia Agra Araújo
Patricia Bandouk Carvalho**

Avocação (Consulta Pública nº 02/2014)			
Redação Original	Redação da Consulta Pública	Redação Proposta	Comentários
<p>Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração:</p> <p>I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;</p> <p>II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento.</p> <p>Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.</p>	<p>"Art.122. (...)</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."</p>	<p>"Art.122. (...)</p> <p>§2º A avocação pelo Tribunal exporá os motivos que fundamentam a avocação, e deverá ser proferida no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3. As partes serão intimadas da sessão que deliberará a avocação.</p> <p>§4º Em caso de interposição de recurso previsto no inciso I ou de avocação prevista no Inciso II, os representantes legais das Requerentes deverão ser intimados no(s) endereço(s) de correio eletrônico informado(s) nos autos, conforme o caso, no prazo previsto no caput deste Artigo. Na ausência da intimação será considerada como transitada em julgado a decisão da Superintendência-Geral, sem prejuízo da atualização do andamento processual no SISCADÉ.</p> <p>§5º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal.</p> <p>§6º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."</p>	<p>A redação proposta contradiz o texto legal. A Lei determina que a competência para avocação é do Plenário:</p> <p>"Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:</p> <p>I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;</p> <p>II - o Tribunal poderá, mediante <u>provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.</u>"</p> <p>A Resolução pode dispor que o procedimento de avocação será realizado por meio de Sessão Extraordinária.</p> <p>Em linha com a manifestação da CECORE - OAB/SP de 21 de outubro de 2013, a notícia de eventual avocação ou recurso de terceiros deve ser feita por meio de email aos representantes legais constante dos autos, buscando a segurança jurídica. Outrossim, sugere-se a exclusão da parte final do parágrafo 3 original da consulta pública por não haver necessidade de distribuição a conselheiro-relator antes da decisão sobre a avocação conforme artigo 131.</p>

OABSP

Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

<p>Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a provocação de avocação ao Tribunal ficará prevento para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que fundamentam o pedido.</p> <p>§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou</p> <p>II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de instrução complementar no Tribunal.</p> <p>§2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	<p>"Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129."</p>	<p>"Art. 131. O Conselheiro que provocar a avocação ficará prevento para relatar a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será distribuído por sorteio ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129."</p>	<p>Adaptar as questões referentes à decisão de avocar realizada pelo Tribunal e não pelo Conselheiro.</p> <p>Alteração do parágrafo único para prever a distribuição a conselheiro-relator quando e se o despacho pela avocação for aprovado pelo Tribunal.</p>
<p>Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.</p> <p>Parágrafo único. A Interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p>	<p>"Art.132. (...) (...)</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p>	<p>Art.132. (...) (...)</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data da avocação pelo Tribunal, ressalvado o disposto no art. 122, §4º;</p>	<p>A redação proposta baseia-se na presunção de que o recurso é público e sabido pelas partes, o que não ocorre de fato.</p> <p>Para ser válido, as partes envolvidas (e seus representantes legais na forma proposta acima) devem ser notificadas da decisão que criam direitos e obrigações a elas tanto nos autos quanto no SISCADE.</p>



	§3º O decurso <i>in albis</i> do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos."	§3º O decurso <i>in albis</i> do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos e no SiSCADE até o dia útil seguinte ao final do prazo supramencionado."	
--	--	---	--

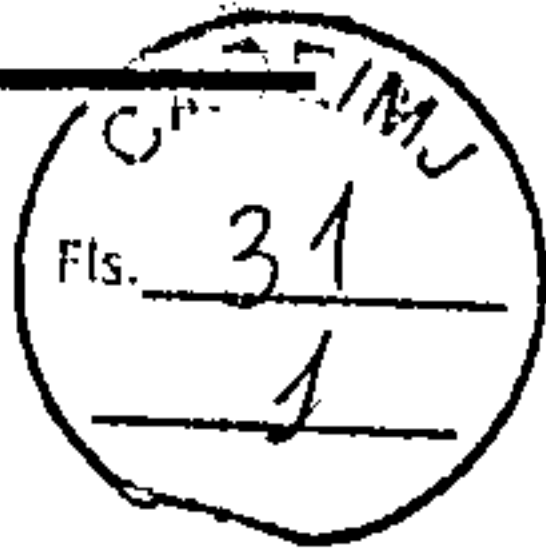
Operações em Bolsa de Valores (Consulta Pública nº 02/2014)			
Redação Original	Redação da Consulta Pública	Redação Proposta	Comentários
	"Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109."	Não há.	O art. 109-A traz para as operações realizadas em bolsas de valores as mesmas regras aplicáveis hoje às OPAs.



FIESP

Luiza Kharmandayan

De: FIESP - FEDERAÇÃO DAS IND. DO EST. DE SP [federacao@fiesp.com]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 10:08
Para: Consulta 032014; Oleni Aparecida Borges de Castro
Cc: Correio Chefia Gabinete; Izabel C Francisco; Adriana Roder
Assunto: Consultas Públicas do CADE (Pres. F000255)
Anexos: Pres. F000255_Vinicius Marques de Carvalho.pdf; F000255_anexo.pdf



Ilmo. Sr.

Vinicius Marques de Carvalho

DD. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Prezado Presidente,

Agradeço o atendimento do pleito de prorrogação do prazo de apresentação de sugestões para as Consultas Públicas do CADE.

A FIESP, através do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial, solicitou aos seus membros contribuições para as Consultas Públicas de nºs 1, 2 e 3, em encontro realizado com especialistas para debate do tema.

Encaminho as sugestões apresentadas no encontro, que se concentraram na Consulta nº 3, e foram feitas com o espírito de cooperar com os trabalhos desse Conselho, as quais, todavia, não retratam a opinião da FIESP ou do seu "Grupo de Estudos de Direito Concorrencial".

Algumas delas vieram acompanhadas de pedidos de "confidencialidade", que foram respeitados, preservando-se apenas o nome da empresa, porém, é fácil identificar os setores ou mercados relacionados.

Certo de poder contar com o exame atento destas sugestões, antecipo agradecimentos.

Atenciosamente,

Paulo Skaf
Presidente

São Paulo, 17 de abril de 2014
Pres. F000255

Ilmo. Sr.
Vinícius Marques de Carvalho
DD. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Prezado Presidente,

Agradeço o atendimento do pleito de prorrogação do prazo de apresentação de sugestões para as Consultas Públicas do CADE.

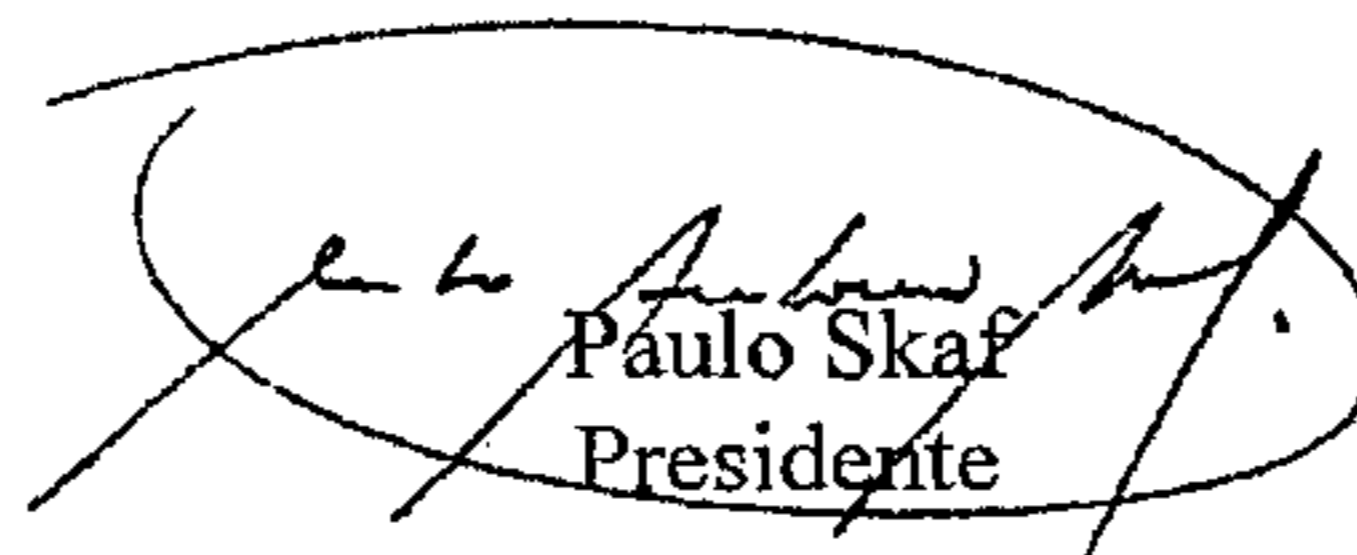
A FIESP, através do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial, solicitou aos seus membros contribuições para as Consultas Públicas de nºs 1, 2 e 3, em encontro realizado com especialistas para debate do tema.

Encaminho as sugestões apresentadas no encontro, que se concentraram na Consulta nº 3, e foram feitas com o espírito de cooperar com os trabalhos desse Conselho, as quais, todavia, não retratam a opinião da FIESP ou do seu “Grupo de Estudos de Direito Concorrencial”.

Algumas delas vieram acompanhadas de pedidos de “confidencialidade”, que foram respeitados, preservando-se apenas o nome da empresa, porém, é fácil identificar os setores ou mercados relacionados.

Certo de poder contar com o exame atento destas sugestões, antecipo agradecimentos.

Atenciosamente,



Paulo Skaf
Presidente



FIESP
Federação
das Indústrias
do Estado
de São Paulo

SESI
Serviço
Social
da Indústria

SENAI
Serviço Nacional
de Aprendizagem
Industrial

IRS
Instituto
Roberto Simonsen

Avenida Paulista 1313
01311-923 São Paulo - SP
Tel: (11) 3549 4499
Fax: (11) 3284 3611
www.fiesp.com.br

Contribuições recebidas quanto à Consulta Pública n.º 3:

**CONTRIBUIÇÃO N.º 1 (ata da reunião realizada pelo "Grupo de Estudos"
Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE)**

Reunião na FIESP em 10.04.2014 a respeito das vigentes Consultas Públicas do CADE. Síntese das discussões:

Presentes, entre os advogados especializados em Direito Concorrencial: Celso Campilongo, Fernando de Oliveira Marques, Laércio Farina, Maria Cecília de Andrade, Pedro Dutra, Priscila Brólio Gonçalves, Ricardo Inglez de Souza, Sônia Döbbler, Vicente Bagnoli, José Leça e outros ouvintes.

A discussão resumiu-se à Consulta Pública nº 3, relativa a uma possível resolução do CADE que venha a tratar do contrato associativo. Vale lembrar que a lei estabeleceu que contratos associativos (não definidos pela própria lei) precisam de aprovação do CADE; a edição de uma resolução visa esclarecer o que é contrato associativo.

Houve duas posições que, no curso dos debates, mostraram-se antagônicas:

1. Uma posição entende aplicável a redução, por resolução, dos poderes do CADE para apreciar atos de concentração com base na existência de contrato associativo. O CADE, segundo esta posição, diria que, aplicando-se uma determinada porcentagem do mercado, os negócios que porventura abrangessem parcela do mercado relevante acima dessa porcentagem, mesmo que o requisito do faturamento não tivesse sido cumprido, precisariam de aprovação. Estaria cumprido com isso o princípio da segurança jurídica, pois as empresas saberiam em que situações a submissão ao CADE é necessária, ao passo que a menção isolada do contrato associativo não é suficiente. A limitação por resolução pode ocorrer, para esta posição, porque o regulamento pode inovar desde que dentro do espírito da lei.
2. Outra posição entende que essa autolimitação não é função do CADE e que só a jurisprudência deve esclarecer as dificuldades de interpretação, até porque o escopo da lei não pode ser limitado por meio de resolução. Os advogados é que devem ter a função de dizer aos seus clientes quais casos devem ser notificados. A definição do contrato associativo passaria pelo exame da possível (ainda que parcial) integração das empresas como resultado do contrato; em não havendo integração, não haveria contrato associativo. Outra forma de ver se o contrato é associativo é verificar se ele está dentro do objeto social da empresa e no curso de sua atividade normal (em caso positivo, não há integração e assim não se aplica a necessidade de aprovação).



REUNIÃO DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO CONCORRENCIAL DA FIESP

Na abertura, o Prof. Celso Campilongo agradeceu a presença de todos e esclareceu que as três consultas públicas têm gerado muita polêmica e discussões pouco conclusivas em razão dos temas serem controvertidos. Com isto em vista, a FIESP pretende, não necessariamente apresentar um texto fechado, mas sim oferecer um mosaico de contribuições.

Embora já haja outras sugestões circulando, a ideia é trabalhar com base neste material, apresentando ao CADE um conjunto de sugestões. Assim, não se trata de defender uma ou outra bandeira.

A reunião de hoje está sendo gravada e quando alguém fizer uso da palavra, tem a possibilidade de não se identificar, se assim preferir.

Ademais, o que se pretende é registrar as sugestões e apresentar ao CADE o documento em nome do grupo, não retratando a opinião de ninguém pessoalmente.

A Consulta Pública n. 8 sobre contratos associativos é a mais polêmica, de modo que começaremos discutindo as contribuições relacionadas a ela:

Pedro Dutra:

Observações gerais:

- A proposta de resolução menciona que qualquer contrato associativo celebrado seria notificável (isso já é o primeiro problema) - a Resolução não pode considerar associativo um contrato sem elemento associativo (ex: prestação de serviços)
- Dentro dos contratos com elemento integrativo, mais do que associativo, o CADE deveria averiguar se há integração de bens, vontades, etc. Verificar onde há um elemento integrativo relevante a ser analisado.
- a questão dos 20% remete a um problema da nova lei, que excluiu esse critério de 20% de mercado e adotou apenas o critério de faturamento, que foi deturpado pela lei.
- Relação de exclusividade: ou há cláusula de exclusividade ou não há.
- A Resolução está entendendo o sentido de associativo para além do que está na lei (que não é nenhum).
- a Resolução visa definir quais atos serão revistos previamente pelo CADE, portanto é importante definir qual o elemento integrativo (se não tem integrativo forte, não precisa ser revisto pelo CADE)

- A relação jurídica estabelece integração entre 2 empresas antes independentes? Há milhares de contratos celebrados cotidianamente e que integram empresas, dentro do business de cada empresa.

- Entende que não pode colocar 20% porque não está na lei - a Lei não dá poder ao CADE pra fazer isso.

- questões inerentes ao dia-a-dia da empresa: o CADE não poderia ver (ex: estudos pré-licitação para consórcios, empresas com efeito de rede, etc)

- o elemento de integração tem que ser fora da execução ordinária do objeto social. Deve incluir na resolução que contratos conduzidos ordinariamente não precisam ser notificados

Mauro Grimberg:

- A lei fala em contrato associativo, e, portanto, a Resolução não pode contrariar o que a lei disse.

- Mais fácil criar lista negativa do que positiva, mas temos que tomar cuidado pra não criar isenções em bloco.

- Na parte vertical até tem os limites, mas na horizontal não, e de alguma maneira tem que haver alguma limitação. Definir o que é ou não integração é altamente subjetivo, causando dificuldades inclusive para orientar os clientes.

- O regulamento vai dizer o que o CADE considera que não precisará ser submetido a ele.

Fernando Marques:

- A lei limitou o radar de percepção do órgão antitruste quando estabeleceu exclusivamente o critério do faturamento e a Resolução foi a oportunidade de aumentar esse espectro.

- O órgão antitruste não pode querer ver todos os contratos porque (i) vai ter que rever previamente uma série de questões privadas; e (ii) traz um volume brutal de contratos sem nenhuma relevância.

- isto prejudicará, portanto, a análise dos ACs e também os casos de conduta.

- Critérios para contratos associativos:

- (i) Horizontal = 20% de mercado relevante
- (ii) Vertical = condições técnico-econômicas relevantes para antitruste: exclusividade, fornecimento, fechamento de mercado



No mais, é exercício regular de um direito por parte das empresas.

- Fernando vai disponibilizar pesquisa que foi feita na Faculdade (PUC) e doutrina por ele compilada a respeito do tema.
- Os agentes econômicos devem ter uma relação de segurança jurídica mínima e o contrato precisa ter efeitos no mercado relevante
- o critério precisa ser aberto, e não fechado. Não é desejável chegar a conceitos fechados e precisos. Devemos ter, sim, um critério para avaliar a necessidade de notificação - jurisprudência internacional: empresas que tenham ou possam ter relevância concorrencial. São os critérios que devem ser postos aqui.
- Agências reguladoras: procedimentos entre a agência e o CADE – Possibilidade de análise conjunta por meio da elaboração de consultas. Segurança para o agente privado e pela autoridade.

Maria Cecília Andrade:

- Atos de cooperação industrial também não deveriam ser notificáveis.
- Seria interessante pegar todo o histórico desta questão e contar ao CADE o porquê destes 20% na União Europeia, bem como mostrar exemplos de acordos entre concorrentes que não tem relevância antitruste. Assim, levar até eles a experiência europeia pode ser uma forma de definir o conceito.
- Na Europa há 3 categorias de contratos associativos verticais. (*de minimis*, com *market share* inferior a 15% e entre 15% e 30 % há uma lista de possibilidades, podendo ser solicitado um "waiver" e mostrar que o contrato traz eficiências para o mercado e para o consumidor).

Priscilla Brólio:

- Conversou com o Ragazzo sobre o inciso I, ele disse que não foi intenção do CADE deixar a resolução ampla do jeito que está, mas que eles ainda não estudaram detidamente a matéria e querem ver os comentários que virão pelas consultas públicas. Delegaram as críticas, comentários e justificativas para a iniciativa privada (esta questão foi confirmada, ainda, pela Cecília, que teve conversa neste mesmo sentido com o Vinícius)
- Na OAB/IBRAC estão muito focados em definir o que é o contrato associativo.
- Contrato associativo deveria ser uma exceção à análise prévia.

- exclusividade: o que se concluiu na reunião é que é inerente a contrato entre concorrentes - nessa espécie de contrato não é esse o aspecto que deveria ser levado em conta. Na sugestão do IBRAC não teria mais exclusividade.

Vicente Bagnoli:

- Acha positivo os 20% porque dá algum limite. (Alternativa menos pior)
- Para as concentrações verticais, as condições deveriam ser cumulativas e não alternativas.
- Criar listas positivas ou negativas não seria viável. Um dos exemplos é criar situações em que precisa submeter ao CADE e, depois do CADE aprovar, daqui a um determinado período de tempo, pode dele decorrer um problema concorrencial.
- SOBRE A AVOCAÇÃO: fruto de um pleito do CECORE, o que demonstra que o CADE está atento às sugestões da iniciativa privada.
- aquisição de debêntures: deveria ser notificável só por ocasião da conversão
- avocação: prazo de 15 dias deve ser da decisão do tribunal e não do conselheiro

Ricardo Inglez:

- Não vê como criar isenções
- Hoje é muito complicado se desvencilhar das dúvidas que os contratos associativos têm causado e a resolução busca evitar esta insegurança.
- o que devemos buscar são critérios razoáveis, expostos de forma clara. Tudo que pudermos trazer de critérios estruturais seria melhor, senão vai continuar um conceito vago e será difícil estabelecer o que deve ou não ser submetido.
- O CADE está com medo de abrir mão de poder, muito embora abrir mão de ato de concentração não significa abrir mão de PA.

Laércio Farina:

- Contrato associativo não existe no nosso sistema jurídico, não está delimitado na lei.
- sugestão para restringir um pouco mais o leque aberto: relações verticais: seria útil que as disposições dessas alíneas se aplicassem a ambos os incisos, entre concorrentes ou verticais (compartilhamento de receitas ou prejuízos e exclusividade) – semelhante à sugestão do IBRAC



José Leça:

- Não concorda que a antiga lei fosse mais clara.
- A resolução deve estabelecer o escopo do contrato associativo
- Na resolução o critério "entre concorrentes" é muito relacionado ao mercado de telecomunicações. (ex; construir uma rede com concorrentes, e no dia-a-dia precisa de insumos em outras regiões em que a relação com seu concorrente é vertical - não está analisando a relação em si)
- teria que falar do mercado, mas não somente do agente (podem ser concorrentes sem estarem se associando horizontalmente)
- a Telefonica levantou 20 classes de contratos em que relaciona a dia a dia com concorrentes - interconexão, compartilhamento de fibra, etc. São muitos contratos por mês. – pela proposta, teriam de apresentar muitos atos de concentração por dia útil para o CADE. E, na maioria esmagadora dos casos, atos sem a mínima relevância concorrencial.
- Em que medida os contratos que decorrem de obrigações regulatórias deveriam ser submetidos?
- *market share* nem sempre resolve a questão das indústrias muito concentradas, a exemplo do setor de telecomunicação.

Sonia Dobler:

- Contrato associativo: semelhante à *joint venture*.
- estabelecer que qualquer contrato entre concorrentes deveria ser notificado é extremamente amplo. Restrições não são tão bem-vindas, mas são necessárias para ter segurança jurídica.
- item II - manter o percentual e colocar exclusividade E compartilhamento de receitas.

Aluno da PUC:

- Muitos contratos não têm integração relevante. O CADE está preocupado com integração relevante ou tão somente integrações? Já houve contrato de co-marketing sem exclusividade ou cláusula restritiva que foi conhecido pelo CADE.

Oziel Estevão:

Para a FIESP/CIESP é importante dar ênfase a 2 questões na proposta a ser apresentada ao CADE:

- não engessar as atividades das empresas; e
- conceder a elas segurança jurídica

- muitas leis estão sendo feitas de forma a prejudicar as atividades das empresas em vários aspectos

Guilherme:

- volumes de contratos com postos de combustíveis já seria absurdo
- condições que desestimulam a concretização de negócios e investimentos
- exceção de exclusividade para os contratos vinculados + prazo. Ex: exclusividade superior a 2 anos devia ser notificada

CONTRIBUIÇÃO N.º 2
Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE

Prezados Senhores,

Em atendimento à solicitação realizada por V.Sas. aos associados desta entidade, segue a proposta de alteração da Resolução nº 8, objeto da Consulta Pública em referência.

Incluir na Resolução, como parágrafo do artigo 2º, o que segue:

Não serão considerados contratos associativos para efeitos da Lei 12.529 de 2011:

- a) os contratos entre fornecedores e seus canais de distribuição, ainda que prevejam exclusividade, desde que não sejam capazes de produzir os efeitos previstos no artigo 36 desta lei,
- b) os contratos de fornecimento, incluindo mas não se limitando os de marca própria, cuja especificação tenha sido desenvolvida com a colaboração do adquirente, e/ou não contenham condições de exclusividade, ou ainda que contenham condições de exclusividade, não sejam capazes de impedir o acesso de novas empresas no mercado.

Sendo tudo o que tínhamos a propor, permanecemos à disposição.

Atenciosamente,

CONTRIBUIÇÃO N.º 3
Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE

Redação da Consulta Pública	Redação Proposta	Justificativa
<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>*Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato em que exista, entre as partes, a intenção de realizar conjuntamente um empreendimento comum, com o compartilhamento de receitas e prejuízos derivados diretamente do empreendimento comum e o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis, e que do contrato decorra uma relação de exclusividade superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo Primeiro. Considera-se também associativo o contrato celebrado entre concorrentes quando, cumulativamente: (i) as partes sejam concorrentes no mercado específico objeto do contrato; (ii) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos derivados diretamente do empreendimento comum; (iii) do contrato decorra relação de exclusividade superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática; e (iv) pelo menos uma das partes detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante.</p> <p>Parágrafo Segundo. Considera-se também associativo o contrato celebrado entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que atendidos, cumulativamente, os seguintes critérios: (i) as duas partes detenham vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante; (ii) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos derivados diretamente do empreendimento comum; e (iii) do qual decorra relação de exclusividade superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo Terceiro. Para aferir as relações horizontais que determinam o enquadramento das operações no parágrafo primeiro deste artigo, devem ser consideradas as atividades das</p>	<p>Ao congregarem as hipóteses de joint venture, consórcio e contrato associativo sob o art. 90-IV da Lei 12.529/11, resta claro que há um denominador comum entre essas três hipóteses: tal elemento parece ser a noção de comunhão de objetivo (ou fim comum), típica dessas três hipóteses e que as opõem aos contratos de permuta em sentido amplo.</p> <p>Nos contratos associativos, o propósito da relação é estabelecer uma finalidade comum entre as partes, que será perseguida em conjunto, seja via uma atividade em comum, seja pela realização de um empreendimento conjunto. Diferentemente do que ocorre em contratos de permuta, nos contratos associativos o cumprimento das obrigações de cada pólo contratual passa a ser, na verdade, um pressuposto para que se possa começar a perseguir o propósito do contrato (finalidade comum). Nos contratos associativos, a cooperação apenas se inicia com o adimplemento do contrato; e é justamente pela necessidade de alinhamento entre as partes e de conjugação de esforços comuns que esses negócios ganham certa permanência e estabilidade a justificar o seu controle em sede de concentrações.</p> <p>Por esse motivo, sugere-se a revisão da redação proposta para o art. 2º da Resolução. O texto normativo deve respeitar a distinção fundamental entre contrato associativo como contraposto aos contratos de permuta, e definir as hipóteses contempladas no art. 90-IV pela característica de perseguição em conjunto de uma finalidade comum. Importante frisar: a Lei 12.529/11 expressamente usou o termo contrato associativo -- que tem significado próprio no direito privado -- e o alocou consistentemente a esse significado próprio em inciso que contempla outras hipóteses com a mesma característica: a perseguição em conjunto de uma finalidade comum.</p> <p>Essa postura mais restritiva parece ter sido uma opção consciente da Lei 12.529/11. Ao usar uma redação muito mais restritiva quanto às hipóteses de controle de concentrações quando comparada à Lei 8.884/94, especialmente no que se refere às operações não clássicas de concentração. Basta, para isso, opor a leitura do revogado art. 54, caput, da Lei 8.884/94 -- que falava de maneira ampla em "atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes" -- ao texto dos atuais art. 88 e 90 da Lei 12.529/11 -- que focam o controle nos negócios de concentração clássicos, além das hipóteses de joint venture, consórcio e contrato associativo.</p>

	<p>partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, desde que tais atividades constituam o objeto do contrato celebrado. Para aferir as relações verticais que determinam o enquadramento das operações no parágrafo segundo deste artigo, devem ser consideradas como verticalmente relacionados apenas os mercados diretamente relacionados ao contrato sob análise em que um seja insumo para o elo subsequente de uma mesma cadeia produtiva.</p>	<p>Notificar qualquer contrato entre grupos concorrentes, ou contratos verticais com grupos dominantes que contenham exclusividade ou outras cláusulas contratuais não parece consistente com o texto legal.</p> <p>Além disso, surgem dúvidas, especialmente em relações verticais: ativos fixos e insumos genéricos (energia elétrica, água, combustível etc.) são, em certo sentido, verticalmente relacionados a vários mercados; um contrato para fornecimento de energia elétrica (ou para fornecimento de material de escritório) teria que ser notificado ao CADE, caso seja exclusivo e uma das partes tenha 20% de participação de mercado?</p> <p>É importante restringir as relações verticais e horizontais pertinentes àquelas que são objeto do contrato; deve-se considerar não se os grupos envolvidos concorrem entre si, mas se concorrem entre si no mercado objeto do contrato, ou se os grupos envolvidos são verticalmente relacionados ao mercado objeto do contrato. Além disso, é importante consignar que apenas os produtos integrantes da própria cadeia produtiva (insumos típicos para a etapa subsequente) devem ser considerados como verticalmente relacionados.</p>
--	--	--

CONTRIBUIÇÃO N.º 4**Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE**

Em que pese o esforço do CADE em definir contratos associativos, entendemos que a definição proposta desencadeia uma série de consequências negativas para a indústria.

Sabemos que grande parte dos contratos entre concorrentes são corriqueiros e não afetam, de modo algum, a concorrência. Contratos que têm por objetivo o desenvolvimento de estudos, parcerias, franquias, compra e venda simples de bens, fornecimento de insumos, licenciamento de marca, de tecnologia, entre diversos outros, não são capazes de afetar a concorrência, desde que não estabeleçam o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes.

Em sendo simples acordos sem qualquer potencialidade anticompetitiva, não vemos como podem ser considerados como "associativos" e, conseqüentemente, serem considerados como atos de concentração. Dessa forma, entendemos que a Resolução proposta deve ser alterada, de modo a estabelecer um critério limitador ao inciso I.

Não havendo o referido limitador, haverá um aumento significativo dos contratos notificados, gerando, muito provavelmente, ineficiências ao sistema e até mesmo o engessamento dos negócios na indústria, o que, com certeza, não é o objetivo da referida Autoridade.

Além disso, apenas a título de comparação, as autoridades concorrenciais dos Estados Unidos e Europa, as quais também possuem o regime de notificação prévia,

também não entendem necessária a notificação de contratos celebrados entre concorrentes, independentemente da sua natureza.

No tocante ao inciso II, entendemos necessário estabelecer um critério temporal relacionado à cláusula de exclusividade. Havia jurisprudência pacífica do próprio CADE no sentido de que contratos com cláusulas de exclusividade inferiores a cinco anos não são capazes de produzir efeitos anticompetitivos.

Abaixo, segue sugestão de cláusula:

Sugestão:

RESOLUÇÃO 8 – REDAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA	RESOLUÇÃO 8 – SUGESTÃO DE REDAÇÃO
<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>i) Entre concorrentes; ii) Entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p>a) O contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; b) Do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática</p> <p>Parágrafo Único: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos deste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução n. 2.</p>	<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>i) Entre concorrentes; ii) Entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p>a) O contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; b) Do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática</p> <p>Parágrafo Único: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos deste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução n. 2.</p>

CONTRIBUIÇÃO N.º 5**Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE**

Ilmo. Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Consulta Pública n.º 03/2014

Em atenção à Consulta Pública n.º 03/2014, proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011, a, vem apresentar, em nome de cada uma e de suas afiliadas, as seguintes considerações.

Sobre os tipos de contratos

Para consecução das suas atividades, a ... e suas afiliadas celebram diariamente contratos de naturezas diversas inerentes às suas atividades sucroenergética e de distribuição de combustíveis.

Trata-se, na atividade sucroenergética, de contratos de compra e venda de cana-de-açúcar, arrendamentos, parcerias agrícolas, compra e venda de açúcar etc., e, na distribuição, contratos de fornecimento de produtos combustíveis, contratos de franquia, contratos de cessão de espaço em bases de distribuição, contratos de parceria comercial, entre outros, em sua maioria regulados pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

Parte desses contratos, sobretudo na distribuição de combustíveis, dada a natureza dessa atividade e por força das normas regulamentadoras, é celebrada entre concorrentes (ex. contrato de cessão de espaço) ou prevê condição de exclusividade (ex. contrato de fornecimento de produto combustível para posto de marca determinada). Na atividade sucroenergética também é comum a celebração de contratos entre concorrentes, sobretudo em vista da natureza perecível da matéria-prima utilizada pelas usinas (cana-de-açúcar) e pelo fato de algumas empresas desse setor também explorarem o mercado de *trading* dos produtos beneficiados.

Desta forma, a Resolução 8, se aprovada tal como consta da Consulta Pública n.º 3/2014, qualificaria como "associativos" a grande maioria dos contratos celebrados diariamente pelas empresas do setor, que seriam de notificação obrigatória sempre que o grupo econômico a que pertence a respectiva contraparte tenha registrado faturamento superior a R\$ 75 milhões no ano anterior, o que se verifica com frequência nas operações brevemente descritas neste documento. Esta realidade é provavelmente semelhante para diversas outras empresas que atuam no segmento sucroenergético e de distribuição de combustíveis no Brasil¹.

¹ Atualmente, no Brasil, 210 empresas estão autorizadas a exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos. Fonte: ANP.



A acredita na importância da atuação preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a fim de coibir a celebração de negócios jurídicos que tenham o condão de limitar ou falsear a concorrência, no entanto, esta atuação não deve impor aos administrados altos custos financeiros e administrativos para execução de atividades inerentes ao curso normal de seus negócios e sem qualquer impacto concorrencial, de outra forma a Administração Pública estaria atuando para desestimular a realização de negócios e o desenvolvimento da economia do país, o que certamente não é o que se pretende.

A fim de ilustrar os efeitos da proposta para a Resolução 8 constante da Consulta Pública n.º 3/2014 sobre os negócios da , destacamos a seguir alguns dos contratos que seriam alcançados pela norma:

Contratos com condição de exclusividade

1. Contrato com Posto Revendedor de Combustíveis Automotivos. Contrato regulado pela Resolução ANP n.º 41, 2013, que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos e concede ao revendedor a opção de exibir ou não a marca comercial do distribuidor de combustíveis.

Os revendedores que optam pela exibição da marca comercial de uma empresa distribuidora de combustíveis, de acordo parágrafo segundo do artigo 25 da mencionada Resolução, ficam obrigados a adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial.

Note-se que a exclusividade neste tipo de relação contratual visa principalmente assegurar ao consumidor a procedência e qualidade dos produtos combustíveis adquiridos nos postos revendedores, em absoluta consonância com as normas de proteção do consumidor.

2. Contrato de Revenda de Combustíveis de Aviação. Regulado pela Resolução ANP n.º 18, de 2006, que disciplina o exercício da atividade de revenda de combustíveis de aviação.

De acordo com a mencionada resolução, existem dois tipos de revendedores: o "revendedor independente", autorizado pela ANP a comercializar combustíveis de aviação, podendo ter vínculo comercial com mais de um distribuidor, sem obrigatoriedade de ostentação de sua(s) marca(s) comercial(is); ou o "revendedor vinculado", aquele autorizado pela ANP a comercializar combustíveis de aviação, que guarde vínculo comercial com um único distribuidor do qual ostente sua marca comercial.

Pelo artigo 9º da Resolução, o revendedor vinculado deverá adquirir combustíveis de aviação somente de um único distribuidor de combustíveis de aviação do qual ostente sua marca comercial.

3. Contratos de Fornecimentos – Grandes Consumidores e Aviação Comercial e Executiva. Trata-se de uma relação de fornecimento de produtos combustíveis automotivos ou de aviação (*business to business*) entre a distribuidora e uma pessoa: (a) detentora de equipamentos e sistemas destinados ao armazenamento de combustíveis e abastecimento de equipamentos móveis, veículos automotores terrestres, aeronaves, embarcações ou locomotivas, conforme regulado pela Resolução ANP n.º 12, de 2007; ou (b) afretadora, intermediária de operação comercial ou que utiliza combustíveis de aviação para abastecimento de aeronaves próprias, afretadas ou arrendadas.

Os contratos de fornecimento que regulam essas relações são em geral de curto prazo (raramente superior a 2 anos), sem condição de exclusividade e com cláusula de denúncia a qualquer tempo.

Entretanto, em algumas negociações com alto volume e/ou comodato de equipamentos, é possível a negociação de condição de exclusividade e aquisição de volume mínimo em contrapartida à oferta de condições especiais e investimentos em equipamentos realizados pela distribuidora.

4. Contratos de Franquia e assemelhados. Pela lei 8.955, de 1994, que disciplina os contratos de franquia empresarial, a franquia é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta.

Pela natureza deste tipo de negócio, que compreende a licença de uso de marca, compartilhamento de *know how*, oferta de produtos e serviços únicos e padronizados, a franquia pressupõe uma relação de exclusividade entre franqueado e franqueador.

A ... , assim como as outras distribuidoras de combustíveis, adota este tipo contratual para regular a operação das lojas de conveniência por terceiros, possuindo atualmente uma rede com aproximadamente 900 lojas.

Destaca-se que em 2012, as lojas de conveniência atingiram o patamar de 6.904 unidades no Brasil, sendo 3.099 franquias de lojas de conveniência ou modelos assemelhados das várias distribuidoras².

² Fonte: Anuário Sindicom 2013.

Com a ascensão da classe C e aumento do consumo no país, a expectativa é que o setor aumente e mantenha, nos próximos anos, um forte ritmo de crescimento, que em 2012 foi de 14,7%³.

Contratos entre concorrentes

5. Contrato de Venda de Produtos. São contratos que se destinam à venda de excedente de produção de etanol ou combustíveis. Os contratos aperfeiçoam-se pela tradição do produto e pagamento do preço.

Pela Portaria ANP n.º 29, de 2009, é autorizada a venda de produtos entre distribuidores, desde que observado o limite mensal máximo de 5% (cinco por cento), por produto, calculado a partir da média mensal do total de suas aquisições desse mesmo produto, efetuadas nos 3 (três) meses anteriores ao da venda.

6. Contrato de Cessão de Espaço: Trata-se de um contrato de arrendamento de espaço em tancagem de base individual ou compartilhada⁴ regulado pela ANP.

Esta modalidade de contratação verifica-se quando identificada a disponibilidade de espaço nas bases das distribuidoras vis a vis a demanda atual e aquela projetada no plano de crescimento das companhias. São contratos firmados por prazo determinado e mediante ajuste de remuneração e demais condições entre as partes interessadas.

O extrato do contrato de cessão de espaço deve ser homologado pela ANP e identificar, no mínimo, o prazo acordado, a empresa e o estabelecimento cedente, a empresa cessionária, além de discriminar o volume, por produto, objeto da cessão.

7. Contrato de Prestação de Serviços em geral: Usualmente, quando as distribuidoras compartilham a infraestrutura, é comum uma distribuidora preste serviços a outra distribuidora, a fim de tornar plenamente possível o aproveitamento da infraestrutura compartilhada. Trata-se de contratos acessórios àqueles inicialmente celebrados para definir a forma de uso conjunto dos ativos.

³ "Apesar desse crescimento, o mercado brasileiro de conveniência tem pela frente um longo caminho, que se traduz em oportunidade de investimento e em ambiente de alto potencial para expansão. Ainda e baixa a densidade da população de lojas no Brasil: em face do formidável parque de postos de serviço, com quase 40 mil estabelecimentos, elas estão presentes em menos de 20% - uma das menores densidades entre as nações com razoável desenvolvimento automotivo. O Chile, por exemplo, dispõe de lojas em quase 40% de sua rede de postos; a Argentina, em praticamente metade. Os Estados Unidos tem lojas em 80% dos postos; Alemanha e Inglaterra, em percentual ainda maior." Fonte: Anuário Sindicom 2013.

⁴ De acordo com a Resolução ANP n.º 42, de 2011, as distribuidoras podem operar com base individual, instalação autorizada a operar pela ANP, cuja posse (aquisição ou arrendamento) seja de um único agente autorizado ao exercício da atividade; ou em base compartilhada: instalação autorizada a operar pela ANP, cuja posse (aquisição ou arrendamento) seja de mais de um agente autorizado ao exercício da atividade.

8. Contrato de compra e venda de cana-de-açúcar e assemelhados: A cana-de-açúcar é a principal matéria-prima utilizada para a produção do etanol e açúcar no Brasil. Esta cultura se desenvolve ao longo do ano, sendo colhida dentro de um período de aproximadamente 08 (oito) meses consecutivos que variam de acordo com a região do país e que constituem o momento adequado da maturação dos açúcares recuperáveis ("ATR") no processo industrial.

Diferentemente da cultura de grãos, a cana-de-açúcar não pode ser estocada depois de colhida, bem como, uma vez alcançado o período de maturação do ATR, não se pode aguardar longos períodos para o seu processamento, uma vez que se perde ou diminui consideravelmente a concentração de ATR necessário ao processo produtivo de etanol e açúcar.

Ainda, vale ressaltar, que o mercado consumidor de cana-de-açúcar é único, ou seja, a cana-de-açúcar (*in natura*) só pode ser consumida por indústrias do setor sucroenergético, ou seja, por outras usinas produtoras de açúcar e etanol.

Neste sentido, considerando as peculiaridades da produção da cana-de-açúcar, as empresas produtoras de açúcar e etanol com excesso de cana-de-açúcar em período ótimo de maturação e aquelas com falta desta matéria prima, buscam oportunidades de negócio, visando o melhor aproveitamento da cana-de-açúcar disponível, e a consequente manutenção do mercado de consumo de etanol e açúcar abastecido.

9. Compra e venda subprodutos, tais como bagaço, palha: O bagaço e a palha são subprodutos decorrentes do processamento industrial da cana-de-açúcar para a produção de açúcar e etanol. Estes subprodutos são utilizados para a produção de energia elétrica nas Usinas Termelétricas a biomassa.

As usinas que não produzem energia elétrica ou que possuem bagaço excedente têm a opção de venda deste insumo às demais usinas do setor sucroenergético, que estão com baixa quantidade de bagaço necessário ao suprimento de energia contratada com os demais *players* do mercado de energia elétrica.

Sendo assim, a compra de bagaço das usinas de cana-de-açúcar é importante para a satisfação dos contratos de compra e venda de energia elétrica, bem como para a manutenção do suprimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional.

A par da descrição da realidade empresarial acima – da qual a é apenas um exemplo -, sobre os aspectos teóricos que subjazem à resolução, entendemos importante pontuar que:

- a- A definição de contrato associativo deve levar em conta elementos que denotem intenção de associação entre partes, como, por exemplo, a união



em caráter exclusivo por um período de tempo considerável, envolvendo compartilhamento de receitas, prejuízos, ativos ou a troca de informações concorrencialmente sensíveis;

- b- Alguns contratos contêm condição de exclusividade por força de lei ou regulamento e, nestas hipóteses, a exclusividade tem por objetivo proteger os interesses do consumidor ou outro bem jurídico relevante, sendo legítimo presumir-se que potenciais impactos concorrenciais foram ponderados pelo legislador/agência reguladora ao editar a respectiva norma.

Assim, entendemos apropriado que sejam submetidos à autoridade concorrencial os contratos entre concorrentes que efetivamente se caracterizem como contratos associativos e que, para tanto, contenham cumulativamente previsão de: (i) compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes ou o compartilhamento de informações comerciais; e (ii) exclusividade por período superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.

Segue a proposta de redação da ... para a Resolução n.º 8, que disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529, de 2011.

RESOLUÇÃO N.º 8

Disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529, de 2011.

O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, caput, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:

Art. 1º Esta resolução disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529 de 2011.

Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:

I – entre concorrentes, sempre que pelo menos um deles detenha mais de 20% do mercado relevante afetado pelo contrato, desde que preenchidas cumulativamente as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas, prejuízos e ativos entre as partes ou o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis;

b) do contrato decorra relação de exclusividade por período superior a 2 anos, seja ela jurídica ou fática; ou

II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do

respectivo mercado relevante, desde que preenchida cumulativamente as seguintes condições:

- a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;
- b) do contrato decorra relação de exclusividade superior a 2 anos, seja ela jurídica ou fática.

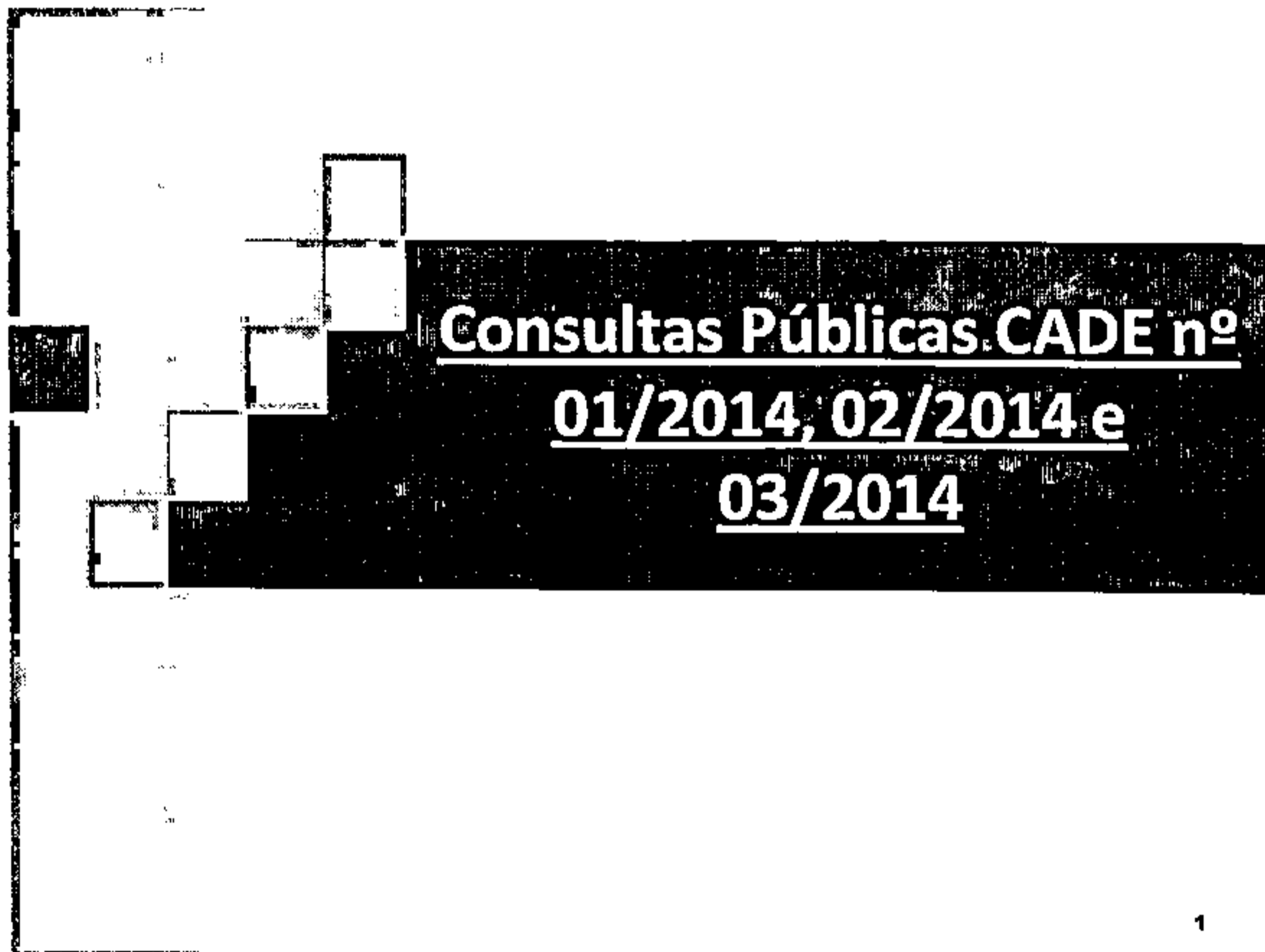
Parágrafo primeiro. Não serão considerados como associativos os contratos que contenham condição de exclusividade por força de lei ou regulamento.

Parágrafo segundo. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.

Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CONTRIBUIÇÃO N.º 6

Respostas às Consultas Públicas nºs 01, 02 e 03-2014 do CADE
Professor Fernando Marques



CONSULTA PÚBLICA - 01

RESOLUÇÃO 02 CADE –

Grupos Econômicos no caso de Fundos de Investimento

2

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
Artigo 4.	*Art. 4º.....
§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:	§1º. Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, cumulativamente:
§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:	§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata esse artigo, cumulativamente
I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;	I- O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente mais de 20% das cotas fundo envolvido na operação;
II – o gestor;	II- As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e

3



ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>III - os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I;</p>	<p>III- As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo <u>envolvido na operação</u> e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p>
<p>IV - as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p>	
	<p>§3º A definição de grupo econômico desta artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/2011, e não vincule decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos."</p>

4

COMENTÁRIOS

A proposta refere-se à definição de grupos econômicos no caso de fundos de investimento, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011.

A nova proposta é positiva na medida que restringe e deixa mais precisa a definição de grupo econômico.

III - O gestor e os fundos sob a mesma gestão, mas que não estiverem diretamente relacionados à operação, não são mais considerados parte do grupo econômico do fundo diretamente relacionado à operação.

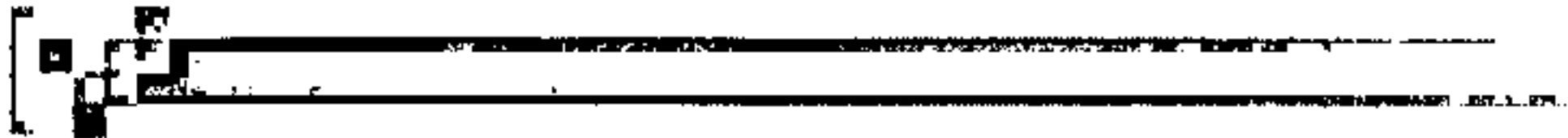
5

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:	*Art.8º.....
II - Consolidação de controle: as aquisições de participação notificadas nos termos do artigo 11 desta Resolução.	II - Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;
III - Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;	III - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

6

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
IV - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;	IV - Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados.
V - Baixa participação de mercado com integração vertical: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não detinham, comprovadamente, participação superior a 20% nos mercados relevantes verticalmente integrados, antes da operação.	V - Ausência de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 200 desde que a operação não gere o controle de parcela do mercado relevante superior a 50%.
VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.	VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada."

7



■ COMENTÁRIOS

Em conformidade com o artigo 36, §2º da Lei 12.529/11 do CADE, presume-se posição dominante quando uma empresa controlar 20% ou mais do mercado relevante. Nesse sentido a % referida no inciso IV deveria permanecer de 20%, conforme redação anterior.

Isso porque no caso de posição dominante é necessária uma análise maior e mais complexa do ato de concentração, para que não haja prejuízo do mercado, nesse sentido a nova redação não se enquadra no procedimento sumário. A Resolução deve guardar coerência com a lei.

A nova proposta é positiva ao incorporar o novo inciso V, que prevê a possibilidade de haver rito sumário em operações nas quais o acréscimo de concentração for baixo, mesmo que superiores à 20% de *market share*. Nesse ponto, o acréscimo deve ser inferior a 200 de HHI e a parcela de mercado relevante gerada não pode ser superior à 20%.

A nova proposta é positiva ao incorporar o novo inciso V, que prevê a possibilidade de haver rito sumário em operações nas quais o acréscimo de concentração for baixo, mesmo que superiores à 20% de *market share*. Nesse ponto, o acréscimo deve ser inferior a 200 de HHI e a parcela de mercado relevante gerada não pode ser superior à 20%.

Ademais, no inciso III, talvez fosse pertinente excluir a expressão "a critério da Superintendência-Geral", de modo a deixar o critério objetivo e dar maior segurança e previsibilidade às empresas, sinalizando objetivamente quais casos seguirão o rito sumário.

8



ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 9º, II, da Lei 12.529/2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 28 da mesma lei, quando:	"Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 9º, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 28 da mesma lei, quando:
I – Acarretarem aquisição de controle;	I – Acarretarem aquisição ou alteração de controle;
II – Não acarretarem aquisição de controle, mas preencham as regras de mínimos do artigo 10; ou	II – Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de mínimos do artigo 10."
III – Sejam realizadas pelo controlador, na hipótese disciplinada no artigo 11	
Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confirmem ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:	"Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadram em uma das seguintes hipóteses:"

9

COMENTÁRIOS

Exclusão correta das aquisições que configuram ao adquirente o status de maior investidor individual cuja notificação é obrigatória.

Importante notar nesse caso que o aumento de participação societária do controlador não afetará o mercado, sob o ponto de vista concorrencial

10

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que conferem ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:</p>	<p>"Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:</p> <p>.....</p> <p>....."</p>

11

14
1

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
<p>Art. 11 Nos termos do artigo 9º, III são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador quando a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p>	<p>"Art. 11 A aquisição de debêntures conversíveis em ações é de notificação obrigatória sempre que a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos Incisos I ou II do art. 10.</p> <p>§1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, aquisição das debêntures independe de aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação de operação pelo Cade.</p> <p>§2º Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures."</p>

12

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
ANEXO I	ANEXO I
<p>Instruções gerais de preenchimento:</p>	<p>"Instruções gerais de preenchimento:</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do art. 4º desta Resolução;</p>	<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do item II.5 desta Anexo;</p>
<p>(v) Sempre que as partes diretamente envolvidas na operação sejam entidades sem atividades operacionais ou veículos especialmente criados para a realização da operação, devem ser fornecidas as informações relativas à parte concorrencialmente relevante.</p>	

13

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
ANEXO 1	ANEXO I
Instruções gerais de preenchimento:	"Instruções gerais de preenchimento:"
(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do art. 4º desta Resolução;	(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do Item II.5 deste Anexo;
(v) Sempre que as partes diretamente envolvidas na operação sejam entidades sem atividades operacionais ou veículos especialmente criados para a realização da operação, devem ser fornecidas as informações relativas à parte concorrencialmente relevante.	(v)....."

14

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
ETAPA II - INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES	"ETAPA II- INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES
II.4. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação.	II.4. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos (segundo definição do art. 4º da Resolução 02/2012), no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.
II.5. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no Item II.4.	II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando: a) organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação; b) organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem.

15

45
1

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
	<p>II.5.1. Para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, considera-se grupo econômico, cumulativamente:</p> <p>a) As empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e</p> <p>b) As empresas nas quais qualquer das empresas da alínea "a" seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p> <p>II.5.2. No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, cumulativamente:</p> <p>a) O fundo envolvido na operação;</p> <p>b) Os fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação;</p> <p>c) O gestor;</p> <p>d) Os grupos das cotistas, conforme definidos no item II.5.1., que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas do fundo envolvido na operação;</p> <p>e) As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e</p> <p>f) As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p> <p>Observação: No que diz respeito aos agentes incluídos nas alíneas "b" e "f" do item II.5.2., fornecer listagem e demais informações somente dos fundos e empresas que sejam horizontal ou verticalmente relacionados às atividades objeto da operação, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>

16

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>II.6. Forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos indicados no item II.4, com atividades no território nacional, informando:</p> <p>a) organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação;</p> <p>b) organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem.</p>	<p>II.6. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no item II.5.</p>
<p>II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos, pelas pessoas listadas no item II.6, e as respectivas decisões do CADE, quando for o caso.</p>	<p>II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos, pelas pessoas listadas no item II.5, e as respectivas decisões do Cade, quando for o caso.</p>
<p>II.8. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos, no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.</p>	<p>II.8. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>

17

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>	<p>II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>
<p>II.10. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>	<p>II.10. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.</p>
<p>II.11. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma de estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.</p>	<p>II.11. No que diz respeito às empresas referidas nas respostas aos itens II.5 e II.10, forneça uma lista dos membros dos seus órgãos de gestão que sejam igualmente membros dos órgãos de gestão ou de fiscalização de quaisquer outras empresas atuantes nas mesmas atividades econômicas, conforme CNAE 2.0 a 7 dígitos, indicando tais empresas."</p>

18

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
ANEXO II	ANEXO II
Instruções gerais de preenchimento:	Instruções gerais de preenchimento:
<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do art. 4º desta Resolução;</p>	<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do item II.5 deste Anexo;</p>
<p>(v) Sempre que as partes diretamente envolvidas na operação sejam entidades sem atividades operacionais ou veículos especialmente criados para a realização da operação, devem ser fornecidas as informações relativas à parte concorrencialmente relevante;</p>	<p>(v)....."</p>

19

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
ETAPA II - INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES	ETAPA II - INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES
<p>II.4. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação.</p>	<p>II.4. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos (segundo definição da art. 4º da Resolução 02/2012), no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.</p>
<p>II.5. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no item II.4.</p>	<p>II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informanda:</p> <p>a) Organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação;</p> <p>b) Organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem.</p>
	<p>II.5.1. Para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, considera-se grupo econômico, cumulativamente:</p> <p>a) As empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo;</p> <p>e</p> <p>b) As empresas nas quais qualquer das empresas da alínea "a" seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p>

20

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
	<p>II.5.2. No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, cumulativamente:</p> <p>a) O fundo envolvido na operação;</p> <p>b) Os fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação;</p> <p>c) O gestor;</p> <p>d) Os grupos dos cotistas, conforme definidos no item</p>
	<p>II.5.1., que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas do fundo envolvido na operação;</p> <p>e) As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e</p> <p>f) As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p> <p>Observação: No que diz respeito aos agentes incluídos nas alíneas "b" e "f" do item II.5.2., fornecer listagem e demais informações somente dos fundos e empresas que sejam horizontal e verticalmente relacionados às atividades objeto da operação, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>

21

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
<p>II.6. Forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos indicados no Item II.4, com atividades no território nacional, informando:</p> <p>c) organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação;</p> <p>d) organograma com a estrutura societária do grupo econômico e que tais partes pertencem.</p>	<p>II.6. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no Item II.5.</p>
<p>II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos pelas pessoas listadas no Item II.6, e as respectivas decisões do CADE, quando for o caso.</p>	<p>II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos, pelas pessoas listadas no Item II.5, e as respectivas decisões do Cade, quando for o caso.</p>
<p>II.8. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos, no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.</p>	<p>II.8. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>

22

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
<p>II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>	<p>II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>
<p>II.10. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>	<p>II.10. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.</p>
<p>II.11. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.</p>	<p>II.11. No que diz respeito às empresas referidas nas respostas aos itens II.9 e II.10, forneça uma lista dos membros dos seus órgãos de gestão que sejam igualmente membros dos órgãos de gestão ou de fiscalização de quaisquer outras empresas atuantes nas mesmas atividades econômicas, conforme CNAE 2.0 a 7 dígitos, indicando tais empresas."</p>

23

■ CONSULTA PÚBLICA - 02

REGIMENTO INTERNO DO CADE –

Operações Realizadas em Bolsa de Valores

24

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
<p>Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único de Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir de sua publicação e independem de aprovação prévia do Cade para sua consumação.</p>	<p>*Art.109.....</p>
<p>§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio de oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.</p> <p>§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.</p> <p>§3º A obrigatoriedade de oferta pública por alienação de controle de que trata o art. 2º, III de Instrução CVM nº 361, de 5 de março de 2002, deverá ser informada quando da notificação da operação que determinar a realização da oferta, sendo desnecessária posterior notificação após a respectiva publicação.</p> <p>§4º As ofertas públicas de que tratam os Incisos I e II do art. 2º da Instrução CVM nº 361, de 2002, não se enquadram nas hipóteses de ato de concentração disciplinadas pela Lei nº 12.529, de 2011.</p>	<p>Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem de aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109</p>

25

COMENTÁRIOS

Com a nova redação, o Regimento Interno englobará todas as operações realizadas em bolsa de valores e não só as ofertas públicas de ações.

28

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração:</p> <p>I - caberá recurso de decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;</p> <p>II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento.</p> <p>Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação de concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.</p>	<p>"Art.122.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."</p>

27

COMENTÁRIOS

Alteração positiva no sentido de dar maior segurança jurídica no que diz respeito ao instituto da avocação, uma vez que determina o procedimento a ser adotado, coisa que antes não era prevista de forma clara na redação anterior.

Somente a numeração encontra-se errada:

§1º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§2º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

§3º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."

28

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
<p>Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a provocação de avocação ao Tribunal ficará prevento para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que fundamentam o pedido.</p> <p>§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou</p> <p>II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de instrução complementar no Tribunal.</p> <p>§2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 e 129.</p>	<p>"Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, Inciso III, ou;</p> <p>II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do Inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 e 129."</p>

29

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a evocação.</p> <p>Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p>	<p>"Art.132.</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de evocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p> <p>§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos."</p>

30

■ COMENTÁRIOS

É pertinente a redação do § 1º (*A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal*), pois o mérito do caso ainda não terá sido decidido no âmbito do CADE.

31

■ CONSULTA PÚBLICA - 03**Contratos Associativos**

32

<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
<p>Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:</p> <p>IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.</p>	<p>Art. 1º Esta resolução disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529 de 2011.</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I - entre concorrentes; ou</p> <p>II - entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p>

33

<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

36

<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

37

■ COMENTÁRIOS – Doutrina Brasileira

Conforme Taufick, o inciso IV do art. 90 é exceção no que diz respeito à necessária transferência de ativos para o enquadramento no ato de concentração.

A preocupação surge nesse caso em razão de que entes associativos habitualmente deixam de competir com o negócio conjunto.

Importante notar que nem todo contrato associativo desperta preocupações concorrendais. Porém, é importante criar uma linha entre exercício regular de um direito e abuso de direito, uma vez que o contrato associativo pode gerar episodicamente um poder econômico que desperte atenção antitruste.

Ainda, alguns contratos, como por exemplo, os contratos de distribuição e fornecimento, podem apresentar características de uma associação, porém são apenas contratos comerciais.

Nesse sentido, se não forem impostas restrições e regras quanto a esse conceito, qualquer associação pode implicar por sua natureza, no compartilhamento de informações sobre preço e quantidade e além disso, pode haver a confusão entre os contratos associativos e contratos comerciais comuns.

Ainda, a fim de garantir a segurança jurídica ao determinar o contrato associativo na Lei 12.529/11 seria preciso focar na questão concorrendal, ou seja, deve-se regular o contrato associativo somente quando este prejudica de alguma forma a concorrência.

Diante do exposto acima, consideramos que apesar do grande passo positivo da autoridade em determinar o conceito de contrato associativo, consideramos que este encontra-se ainda muito amplo na redação proposta pelo CADE.

39

■ COMENTÁRIOS – Doutrina Brasileira

De acordo com Paula Forgioni, contratos associativos são "negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do art. 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa lucro. Não perdem autonomia dos centros decisórios, mas tem sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para consecução de escopo comum. Essas contratações são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste." (FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.)

Eduardo Caminati Anders diz que a associação se caracteriza "por ser um contrato com algum tipo de compartilhamento de informações, infra-estrutura, pesquisa e desenvolvimento, marketing, que afetam o comportamento das partes no mercado ou entre as partes e terceiros".

39

■ COMENTÁRIOS – JUPRISPRUDÊNCIA CADE

Em voto recente do Ato de Concentração nº 08700.004957/72, proferido pelo Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, o Conselheiro cita julgados da Conselheira Ana Frazão sobre aspectos importantes do contrato associativo:

"Em tais contratos os participantes mantêm a sua independência econômica e financeira não reestruturam internamente a sua gestão ou poder de controle e não necessariamente adquirem ativos e, se o fazem, isso se dá de forma meramente instrumental, não obstante, passam a titularizar em conjunto um poder empresarial ou criam um novo centro de gestão e decisão..."

(...)

De maneira geral, mas não exclusiva ou exaustiva, podemos descrever os caracteres dos tipos contratuais elencados pelo inc. IV do art. 90 da Lei 12.529/11 como: (i) a comunhão de interesses comerciais; (ii) o exercício de empreendimento comum por meio da (iii) coordenação de atividades empresariais, com o devido (iv) compartilhamento de riscos dessa atividade."

40

■ COMENTÁRIOS – DOUTRINA NORTE-AMERICANA

Conforme Robert Davis, algumas possíveis diretrizes para se verificar se o contrato associativo possui impactos concorrenciais são:

a) Ver se a associação fornece periodicamente serviços e se esses são essenciais à outras empresas que não fazem parte da associação (Take a look at the services that the association provides periodically to see if any are essential for effective competition by companies in the industry)

b) Se os serviços da associação não são destinados à não membros, deve-se avaliar qual a justificativa e as eficiências decorrentes da associação (Make sure that services like that are made available to non-members or if not that there is a good reason, tied to the benefits the association provides to members)

c) Pode haver uma taxa maior aos não membros da associação, mas esse acréscimo na taxa deve estar relacionado com o custo para prover as informações à não membros (There can be a higher fee for non-members than for members but the fee should be related to the cost for providing those services to non-members)

41

COMENTÁRIOS - CONCLUSÃO

Apresentar qualquer contrato associativo entre concorrentes ao CADE vai limitar as atividades empresariais das empresas e sobrecarregar o órgão antitruste de Atos de Concentração irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

No inc. I, consideramos que a redação deve determinar que ao menos 1 dos concorrentes detenha 20% ou mais do mercado relevante ou que tal contrato apresente relevância concorrencial, de forma a limitar o conceito de contrato associativo e garantir maior segurança jurídica.

Nesse sentido, sugerimos a seguinte redação:

Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo o contrato celebrado:

- I - entre concorrentes em que pelo menos 1 deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante ou que tal contrato apresente relevância concorrencial; e
- II - entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; compartilhamento de informações, infra-estrutura, pesquisa, desenvolvimento, marketing, ou demais informações sensíveis que de alguma forma afetem o mercado relevante.

b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática e cooperação.

1 1991
52
1

SINDI
TELEBRASIL

SIND 071/2014

Brasília, 22 de abril de 2014.

Ao
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
Setor Comercial Norte, Quadra 2, Projeção C
Brasília/DF

Assunto: Documento de Posicionamento e de Contribuição.

Ref.: - Contribuições à Consulta Pública nº 2/2014.

CADE/MJ

08700.003243/2014-28

Prezados Senhores,

O **SINDITELEBRASIL** – Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia Fixa e de Serviço Móvel Pessoal, entidade patronal de primeiro grau que atua em todo o território nacional, vem, mui respeitosamente, à presença de V.Sas, tecer comentários relevantes sobre a Consulta Pública em referência, e, ao final, requerer o que se segue.

Preliminarmente, agradecemos a oportunidade para apresentar o pensamento das empresas de Telecomunicações sobre as Consultas Públicas 1, 2 e 3/2014, que disciplinam temas como a notificação de aquisições de participações societárias ao Cade, a notificação de operações realizadas em bolsa e o procedimento de avocação de operações pelo Tribunal do Cade e, por fim, as hipóteses em que contratos associativos celebrados entre empresas que preencham os critérios de faturamento da Lei 12.529/11 deverão ser notificados ao órgão antitruste;

Apresentamos em documentos separados as contribuições a cada uma das Consultas Públicas aqui relacionadas.

As Associadas do SindiTeleBrasil tiveram a oportunidade de analisar o teor das consultas públicas apresentadas e, dessa análise, resultaram as posições e propostas apresentadas a seguir.

A seguir, delineamos em tópicos as questões que nos preocupam, adiantando propostas. De qualquer modo, continuaremos trabalhando com o objetivo de trazer à discussão mais dados e informações que possibilitem sustentar nossas posições e permitam um debate de alto nível com este e. CADE.



Na expectativa da análise favorável dos pleitos apresentados, o SindiTelebrasil reitera manifestação de consideração e apreço.

Atenciosamente,

Eduardo Levy C. Moreira
Diretor Executivo

Contribuições às Consultas Públicas CADE

Consulta Pública nº 02/2014: Proposta de Resolução que altera dispositivos do Regimento Interno do Cade

1) Alteração de incisos do art. 122:

Texto em Consulta Pública:

"Art.122.....

§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."

Contribuição: Alteração dos dispositivos, conforme redação sugerida abaixo.

"Art.122.....

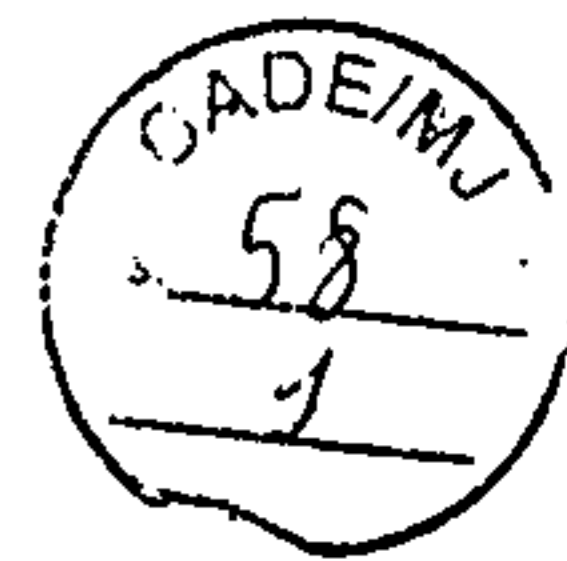
§2º A decisão de avocação do Tribunal, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, deverá ocorrer no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§3º O Conselheiro que provocar a avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

§3. As partes serão intimadas da sessão que deliberará a avocação.

Justificativa: A proposta do CADE está em desacordo com a Lei nº 12.529/11, segundo a qual a avocação de atos de concentração ocorre mediante decisão do Plenário do CADE, e não mediante despacho do Conselheiro, nos termos do seu art. 65, II:

Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:



TRENCH

ROSSI

ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: Giannini, Adriana [adriana.giannini@bakermckenzie.com]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 16:27
Para: Consulta 022014
Cc: Todorov, Francisco
Assunto: Consulta Pública nº 02/2014 - Comentários de Trench, Rossi e Watanabe Advogados
Anexos: Consulta Pública n. 2 - Comentários Trench Rossi e Watana e-6845681-v1-SPODMS.DOC

Prezados,

Em nome do escritório de advocacia Trench, Rossi e Watanabe Advogados, submetemos a V.Sas comentários à Consulta Pública nº 01/2014 (documento anexo).

Nos termos do disposto no art. 31, § 2º, da Lei nº 9.784/1999, reproduzido abaixo, solicitamos que sejam publicadas no website do CADE respostas fundamentadas aos comentários por nós realizados, bem como as respostas a eventuais comentários enviados por outros interessados.

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

(...)

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Adicionalmente, solicitamos também que seja publicado no website do CADE, assim que disponível, o parecer proferido pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade – nos termos do art. 230, § 3º, do Regimento Interno do CADE, *in verbis*.

Art. 230. A iniciativa de proposta de Emenda Regimental cabe a qualquer Conselheiro, ao Presidente e ao Superintendente-Geral.

§1º Recebida a proposta pelo Presidente, esta será numerada e submetida à Consulta Pública.

§2º Com ou sem o oferecimento de comentários à Consulta Pública, a proposta será encaminhada à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, para parecer.

§3º A proposta, com os comentários à Consulta Pública e o parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, será submetida à apreciação dos Conselheiros e discutida e votada em Plenário do Tribunal.

Permanecemos à disposição.

Cordialmente,

Adriana Giannini
OAB/SP 172.269

Adriana Giannini

Associada, Antitruste
Trench, Rossi e Watanabe Advogados
Associado a Baker & McKenzie International
Av. Dr. Chucri Zaidan, 920 - 13o. Andar
04583-904 São Paulo - SP - Brasil
Tel: +55 (11) 3048-6934 | Fax: +55 (11) 5506-3455
adriana.giannini@bakermckenzie.com
www.trenchrossiewatanabe.com.br



This message may contain confidential and privileged information. If it has been sent to you in error, please reply to advise the sender of the error and then immediately delete this message. Please visit www.trenchrossiewatanabe.com.br/disclaimer for other important information concerning this message.

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

CONSULTA PÚBLICA – CADE Nº 02/2014

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO QUE ALTERA DISPOSITIVOS DO REGIMENTO INTERNO DO CADE

<u>Redação Sugerida pela Consulta Pública</u>	<u>Comentário e Redação Sugerida por TRW</u>
<p>Art. 122 (...)</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselho, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselho que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.</p>	<p><u>Sugestão de Redação 1:</u></p> <p>Art. 122 (...)</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselho, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselho que encaminhar ao Tribunal a provocação para avocação proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral da decisão do Tribunal de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.</p> <p><u>Sugestão de Redação 2:</u></p> <p>Art. 122 (...)</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio da publicação no Diário Oficial da União de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração. (...)</p>

CADE/MJ
Fls. 61
1

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

Redação Sugerida pela Consulta Pública

Comentário e Redação Sugerida por IRV

Comentário:

A inclusão do § 2º ao Art. 122 do Regimento Interno do CADE afronta as Leis 12.529/2011 e 9.784/99, motivo pelo qual discorda-se da inclusão desse dispositivo.

De fato, a Lei 12.529/2011, em seu Art. 65, dispõe que:

"Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:

(..)

II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação."

Da leitura do Art. 65, resta claro que a decisão de avocação, que deve ser tomada no prazo de 15 dias, é do Tribunal do CADE.

Assim, ao dispor de maneira diversa—ou seja, ao prever que a decisão de avocação será por despacho do Conselheiro—o Regimento Interno sugerido inova no ordenamento de forma contrária ao texto da Lei.

Ademais, como resta claro que competência para realizar a avocação é do Tribunal, a proposta de norma viola a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

~~Redação Sugerida pela Consulta Pública~~

~~Comentário e Redação Sugerida por TRW~~

âmbito da Administração Pública Federal.

De fato, conforme dispõe o Art. 13 da referida Lei, competências que sejam exclusivas ou que importem na decisão de recursos administrativos não podem ser objeto de delegação, conforme segue:

"Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

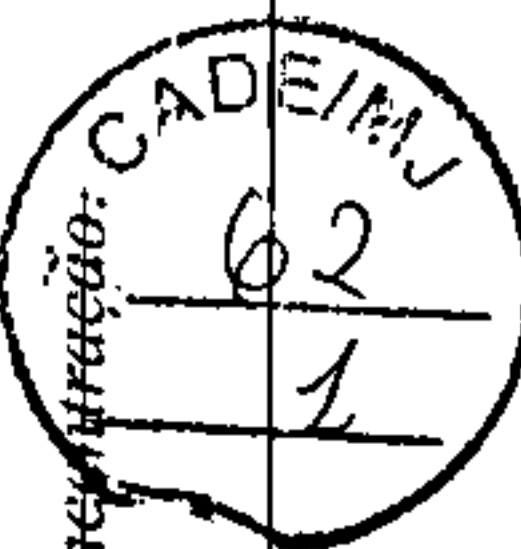
- I - a edição de atos de caráter normativo;
- II - a decisão de recursos administrativos;
- III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade."

Nesse sentido, como a proposta normativa é clara ao afirmar que "a decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro", o § 2º afronta o Art. 13 da Lei 9.784/99, ainda que referida decisão de avocação venha a ser referendada pelo Tribunal posteriormente.

Por esses motivos, discorda-se da inclusão do §2º do Art. 122 no Regimento Interno do CADE. Pelos mesmos motivos, os parágrafos 2º e 3º devem ser ajustados, conforme sugestão abaixo:

Art. 122 (...)

~~§2º - A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência Geral que aprovar o ato de convocação.~~



§3º O Conselheiro que encaminhar ao Tribunal a provocação para avocação preferir o despacho de avocação-cientificará a Superintendência-Geral da decisão do Tribunal de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.

Alternativamente, na hipótese de a sugestão acima não ser acolhida, é necessário adequar o dispositivo de modo a evitar a insegurança jurídica que se verifica atualmente no que tange à decisão de avocação.

Na prática atual, após a decisão da SG ser publicada no Diário Oficial da União, o prazo de 15 dias para a avocação torna-se mera ficção. Isso porque, como o despacho de avocação é um ato interno, do qual não necessariamente há intimação imediata (ou ao menos dentro do prazo de 15 dias), a ausência de publicidade desse ato implica uma grave situação de insegurança jurídica: mesmo decorridos os 15 dias (ou mais), os requerentes do ato de concentração não sabem se a avocação não foi feita ou se simplesmente não foram comunicados sobre esse fato. Em termos práticos, o prazo de 15 dias normalmente será estendido, por precaução, o que não é compatível com o texto da Lei 12.529/2011.

Na redação sugerida nesta consulta, a consequência seria que os requerentes apenas tomariam ciência do despacho na ocasião da Sessão de Julgamento em que fosse homologado. Considerando a frequência quinzenal das Sessões de Julgamento do Tribunal do CADE, isso poderia significar um atraso de 15 dias (ou mais) para que as requerentes tomassem ciência do ocorrido.

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

Redação Sugerida pela Consulta Pública

Comentário e Redação Sugerida por PRV

Assim, sugere-se redação que atenda à necessidade de segurança jurídica por meio de publicação do despacho no Diário Oficial da União dentro do prazo de 15 dias previsto na Lei 12.529/2011, nos seguintes termos:

Art. 122. (...)

§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio da publicação no Diário Oficial da União de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

Como reforço à necessidade de publicidade, vide comentários ao Art. 132 abaixo.

Sugestão de Redação 1:

Art. 132 (...)

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

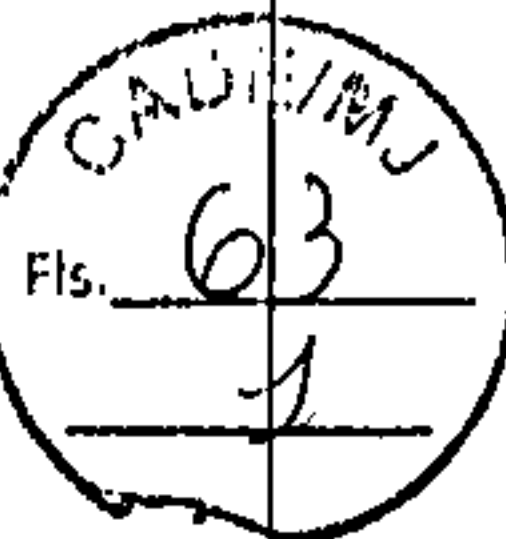
§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do Despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;

§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno

Art. 132 (...)

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de publicação no Diário Oficial da União da decisão de avocação do Tribunal do CADE prolação de Despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;



VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

Redação Sugerida pela Consulta Pública

será certificado pelo CADE nos autos.

Comentário e Redação Sugerida por IRW

§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo CADE nos autos.

Sugestão de Redação 2:

"Art. 132 (...)

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de publicação no Diário Oficial da União do Despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;

§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo CADE nos autos no 16º dia contado após a publicação da decisão de aprovação da Superintendência-Geral. Na ausência de certificação, considerar-se-á definitiva a decisão proferida pela Superintendência-Geral."

Comentário:

Conforme já indicado nos comentários ao Art. 122 acima, entende-se que a decisão de avocação deve ser proferida pelo Tribunal no prazo de 15 dias a partir da publicação da decisão de aprovação pela Superintendência-Geral, conforme determina a Lei n. 12.529/2011. Desse modo, a possibilidade de despacho de Conselheiro, *ad referendum* do Tribunal, ser considerado suficiente para avocar o

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

Redação Sugerida pela Consulta Pública

Comentário e Redação Sugerida por TRW

ato de concentração é contrária à Lei, motivo pelo qual não deve ser incluída no Regimento Interno do CADE.

Desse modo, o parágrafo 2º do Art. 132 deve ser alterado, por ser impossível que a prolação de despacho de avocação por Conselho suspenda a execução de ato de concentração:

Art. 132 (...)

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de publicação no Diário Oficial da União da decisão de avocação do Tribunal do CADE prolação do Despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;

§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo CADE nos autos.

Alternativamente, na hipótese de a sugestão acima não ser acolhida, é necessário adequar o dispositivo em razão de a publicidade ser requisito para a eficácia dos atos administrativos. Assim, conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

"Os atos e contratos administrativos que

omitirem, ou
Fis. 64
E/M/J

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

Redução Sugerida pela Consulta Pública

Comentário e Redação Sugerida por URW

desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade"¹

Ainda:

"A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração (...). Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais"²

De forma semelhante entende o Supremo Tribunal Federal:

"a publicidade é pressuposto de validade dos atos administrativos, conforme dispõe o art. 37, caput, da Constituição da República e constitui condição para sua plena eficácia." (RE 501.010, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 10.8.2010)

Ao que se complementa:

"a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido" (MS 24.961, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 4.3.2005).

Nesse sentido, sugere-se a seguinte alteração na redação dos §§ 2º e 3º, a fim de que o requisito da publicidade dos atos administrativos seja atendido, de forma a

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 87.

² Idem

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

Redução Sugerida pela Consulta Pública

Comentário e Redação Sugerida por TRW

preservar a eficácia do despacho de avocação proferido pelo Conselheiro.

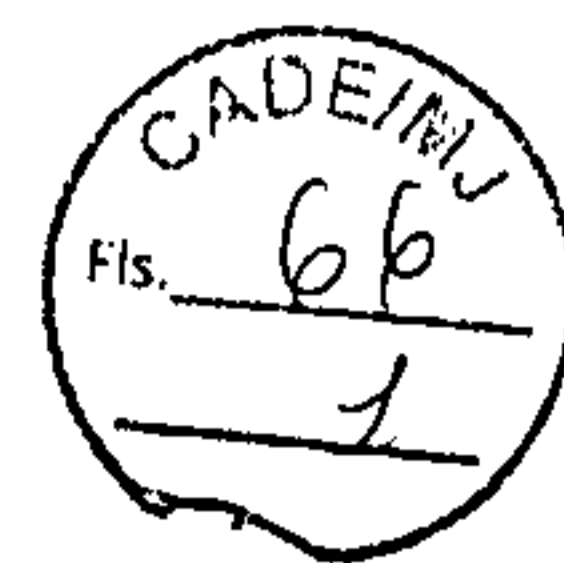
"Art. 132 (...)

§1º *A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.*

§2º *Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de publicação no Diário Oficial da União do Despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;*

§3º *O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo CADE nos autos no 16º dia contado após a publicação da decisão de aprovação da Superintendência-Geral. Na ausência de certificação, considerar-se-á definitiva a decisão proferida pela Superintendência-Geral."*





SMDA

DOBLER

ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: SMDA-DF [smda-df@dobler.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 17:26
Para: Consulta 022014
Cc: Sonia M. G. Marques Döbler
Assunto: Proposta CESA_Consulta Pública 02
Anexos: Carta de Encaminhamento CP 02.pdf; Sugestões CESA_Consulta 02.pdf

Prezado Senhor Presidente,

O Centro de Estudos das Sociedades de Advogados ("CESA") submete, para análise de Vossa Senhoria, a sua proposta de alteração ao texto relativo à Consulta Pública nº 02/2014.

Atenciosamente,

Carolina Andrade
carolina.andrade@dobler.com.br
Sonia Marques Döbler Advogados
Complexo Brasil XXI – Bloco C
H SUL Quadra 06
12º Andar Salas 1209 e 1210
Edifício Business Center Tower
70316-000 Brasília DF Brasil
Telefone: (5561) 3035-7823
Fax: (5561) 3035-7740
<http://www.dobler.com.br>

As informações contidas neste e-mail e documentos anexos destinam-se exclusivamente aos seus destinatários, e podem conter informações legais privilegiadas e/ou confidenciais, estando sob a proteção do sigilo e confidencialidade assegurados no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, sendo vedada sua utilização por terceiros para quaisquer fins de direito. Caso V.Sas. recebam estes documentos por engano, favor notificar imediatamente nosso escritório através do endereço smda@dobler.com.br, não se utilizando das informações aqui contidas, sob as penas da lei.

The contents of this email and any documents attached are confidential. It is protected under the article 5th, XII of Federal Constitution. It is intended for the named recipient(s) only. If you have received this email in error please immediately notify the sender at smda@dobler.com.br and do not disclose the contents to anyone or make copies.



Ilmo. Sr. Dr. Vinicius Marques de Carvalho, Presidente do CADE.

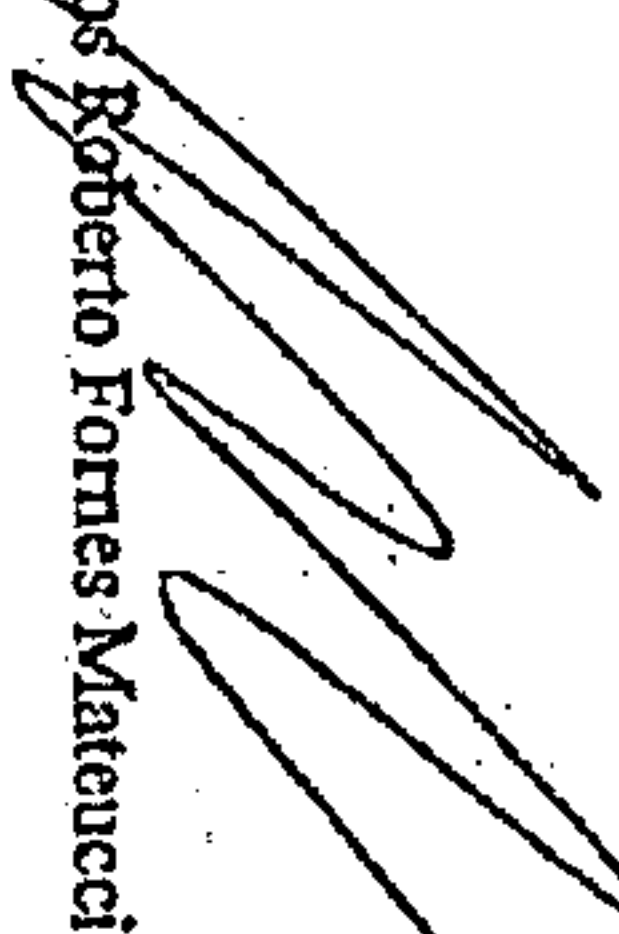
Ref: Consulta Pública nº 2/2014 – Sugestões de redação elaboradas pelo CESA.

Prezado Senhor,

O Centro de Estudos das Sociedades de Advogados- CESA, por meio do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo de São Paulo e do Subcomitê de Concorrência de Brasília, preparou os anexos comentários e sugestões à Consulta Pública nº 2/2014, para que se alterem dispositivos do Regimento Interno do CADE.

Em nome do CESA e dos membros dos Comitês supramencionados, esperamos que nossas contribuições sejam levadas em consideração por esse E.CADE, a fim de aprimorar cada vez mais o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Atenciosamente,



Carlos Roberto Fornes Mateucci

Presidente do CESA


Sonia Maria Giannini Marques Döbler

Joana Temudo Cianfarani

Coordenadoras do Comitê São Paulo


Luciano Inácio de Souza

Leonardo Peres da Rocha e Silva

Subcoordenadores do Subcomitê de Brasília

Consulta Pública nº 02/2014		
Proposta de Resolução que altera dispositivos do Regimento Interno do CADE	Propostas CESA	Comentários CESA
<p>Redação Original</p> <p>Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir da sua publicação e independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação.</p> <p>§1º Sem prejuízo do disposto no <i>caput</i> deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio da oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.</p> <p>§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.</p> <p>§3º A obrigatoriedade da oferta pública por alienação de controle de que trata o art. 2º, III da Instrução CVM nº 361, de 5 de março de 2002, deverá ser informada quando da notificação da operação que determinar a realização da oferta, sendo desnecessária posterior notificação após a respectiva publicação.</p> <p>§4º As ofertas públicas de que tratam os incisos I e II do art. 2º da Instrução CVM nº 361, de 2002, não se enquadram nas hipóteses de ato de concentração disciplinadas pela Lei nº 12.529, de 2011.</p>	<p>Redação da Consulta Pública</p> <p>“Art.109.....</p> <p>.....</p> <p>Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109”.</p>	<p>Concordamos com a proposta, já que a nova redação elucida que as regras para ofertas públicas de ações são aplicáveis a todas as operações realizadas em bolsa de valores.</p>
<p>Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados</p>	<p>Art.122.....</p>	<p>Art.122.....</p>

<p>a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração:</p> <p>I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;</p> <p>II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento.</p> <p>Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.</p>	<p>.....</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.”</p>	<p>.....</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º Em caso de interposição de recurso previsto no inciso I ou de avocação prevista no inciso II do artigo 65 da Lei nº 12.529/2011, os representantes legais das Requerentes deverão ser intimados no(s) endereço(s) de correio eletrônico informado(s) no formulário dos Anexos I ou II à Resolução nº 02/2012, conforme o caso, no prazo previsto no caput deste Artigo. Na ausência da intimação será considerada como transitada em julgado a decisão da Superintendência-Geral, sem prejuízo da atualização do andamento processual no SISCARDE.</p> <p>§3º-4º O Conselheiro que preferir convocar o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º-5º O despacho pedido de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.”</p>
<p style="text-align: center;">É importante que as partes sejam intimadas de todos os atos processuais, para a garantia da ampla defesa e para ciência do início da contagem de eventual prazo.</p>		
<p>Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a</p>	<p>“Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho</p>	<p>“Art. 131. O Conselheiro que proferir</p>

<p>provação de avocação ao Tribunal ficará preterito para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que fundamentam o pedido.</p> <p>§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou</p> <p>II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de instrução complementar no Tribunal.</p> <p>§ 2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	<p>de avocação ficará preterito para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129."</p>	<p>despacho de aprovação a avocação ficará preterito para submeter relatar a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129."</p>	
<p>Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.</p> <p>Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p>	<p>"Art. 132.</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>§ 1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§ 2º Para fins do § 1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p> <p>§ 3º O decurso <i>in albis</i> do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos."</p>	<p>"Art. 132.</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>§ 1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§ 2º Para fins do § 1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica no momento partir da intimação das Requerentes acerca do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal</p>	<p>Essa proposta se justifica pelo fato de que a intimação das Requerentes é o meio processual mais adequado para lhe dar ciência sobre a eventual interposição de recurso ou sobre o pedido de avocação.</p>



Centro de
Estudos das
Sociedades de
Advogados

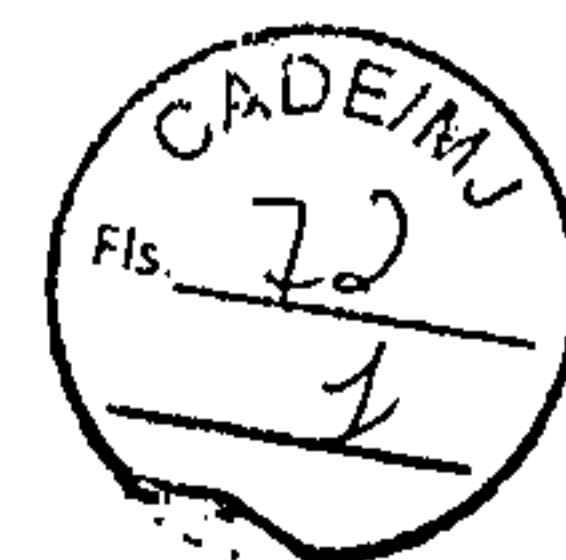
			<p><u>Tribunal:</u></p> <p>§3º O decurso <i>in albis</i> do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade, nos autos, no dia imediatamente subsequente ao decurso do prazo.”</p>	<p>A alteração sugerida busca garantir maior segurança jurídica ao administrado, haja vista a necessidade de fechamento da operação sob análise e o risco de aplicação de penalidades por consumação antecipada.</p>
--	--	--	--	--

Rua Boa Vista, 254 4º andar Sala 413
Centro São Paulo SP CEP 01014-907
Tel: 11 3104.8402 Fax: 11 3104.3352
www.cesa.org.br cesa@cesa.org.br



ABRASCA

Favor acusar o recebimento!



PRE-021/14.

Rio de Janeiro, 22 de abril de 2014

Ao

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

At.: Ilmo. Dr. Vinícius Marques de Carvalho - Presidente

consulta012014@cade.gov.br

consulta022014@cade.gov.br

consulta032014@cade.gov.br

Ref.: Consulta pública nº 1/2014

Consulta pública nº 2/2014

Consulta pública nº 3/2014

Prezado Dr. Vinícius Marques de Carvalho,

A Associação Brasileira das Companhias Abertas – ABRASCA, por seu representante legal abaixo assinado, em atendimento ao prazo e condições estabelecidas nas Consultas Públicas 01/2014, 02/2014 e 03/2014 do CADE, vem, por meio da presente carta, apresentar suas sugestões às consultas públicas em questão.

A ABRASCA desde já agradece o recebimento e atenção de sua solicitação, e coloca-se à disposição para esclarecimento de quaisquer dúvidas.

Atenciosamente,

Antonio D.C. Castro
Presidente
Associação Brasileira das Companhias Abertas
ABRASCA

CONSULTA PÚBLICA Nº 01/2014

I.

P

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ART. 9:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

Art. 4º.....

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata esse artigo, cumulativamente:

I- O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente mais de 20% das cotas fundo envolvido na operação;

II- As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e

III- As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/2011, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos.

Redação Proposta:

Art. 4º.....

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes de ~~mesmo grupo econômico~~ para fins de cálculo do faturamento de que trata esse artigo, cumulativamente:

I- O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente mais de 20% das cotas fundo envolvido na operação;

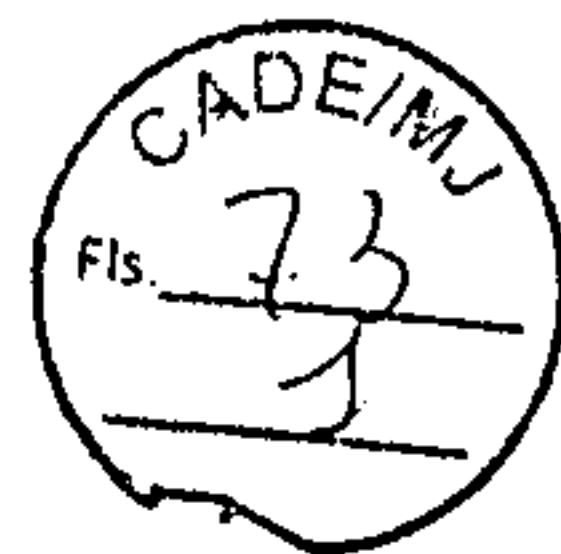
II- ~~As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha~~ direta ou indiretamente ~~detida pelo fundo~~ participação seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. ~~+~~e

~~III- As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.~~

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/2011, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos”.

JUSTIFICATIVA:

Não há razão para cumular os faturamentos dos grupos econômicos dos cotistas e os faturamentos destes com os das empresas controladas pelo fundo e demais fundos sob mesma gestão.



A ABRASCA acredita que o critério constante da redação original desse inciso é mais objetivo e melhor.

A ABRASCA entende também que foi acertada a exclusão da referência ao gestor desse parágrafo 2º. Sugerimos, nessa mesma linha, sejam excluídas as empresas integrantes do portfólio de fundos sob mesma gestão, pois este não é um vínculo relevante para fins de aferição do critério de faturamento.

II.

P

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ART. 9:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

"Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:

I - Acarretem aquisição ou alteração de controle;

II - Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de minimis do artigo 10."

Redação Proposta:

Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:

I - Acarretem aquisição de controle ou alteração de controle compartilhado para controle unitário, nos termos nos termos da Lei n. 6.404 de 1976; (...)

JUSTIFICATIVA:

A proposta de modificação do inciso I do art. 9º, da Resolução n.º 2/2012/CADE foi feita para estabelecer que não apenas operações que acarretem aquisição de controle devem ser notificadas, como também operações que resultem em alteração de controle.

Ademais, de acordo com a Consulta Pública proposta, o inciso II do art. 8º e o inciso III do art. 9º, ambos da Resolução n.º 2/2012/CADE¹[1] seriam suprimidos, conferindo, pois, isenção do dever de notificar ao CADE operações de consolidação de controle societário preexistente ou que resultem na condição de

¹[1] Resolução n.º 2/2012/CADE, "Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações: (...) II - Consolidação de controle: as aquisições de participação notificadas nos termos do artigo 11 desta Resolução. (...)"

maior acionista Individual²[2], por parte do comprador. A nova redação do art. 9º da mesma Resolução prevê também a exclusão de seu inciso III, que versava sobre os casos de consolidação de controle.³[3]

A exclusão da necessidade de notificação de operações de consolidação de controle e daquelas que confirmam ao acionista *status* de maior investidor individual é extremamente bem-vinda. No entanto, para que esta previsão se torne eficaz, sua redação deve ser compatibilizada com o disposto no art. 10 da Resolução CADE n.º 2/2012, que trata das aquisições de participação societária superior a 20% ou 5%, isto é, casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado, ou que seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado, respectivamente.⁴[4]

Isso porque, a alteração proposta implica justamente a exclusão do dispositivo que impõe, ao controlador, a necessidade de submissão ao CADE de aquisição de participação societária igual ou superior a 20% do capital social total ou votante. Assim, a nova redação deveria prever expressamente a hipótese de o adquirente não ser o controlador, com vistas a excluir definitivamente a consolidação de controle como situação de notificação mandatória ao CADE:

Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confirmam ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I - Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que confira ao adquirente não controlador titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida;

b) Aquisição feita por adquirente não controlador titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta

2[2] Lei n.º 6.404/76, "Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia."

3[3] Nova redação proposta: Resolução n.º 2/2012/CADE, "Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando: I - Acarretarem aquisição ou alteração de controle; II - Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de mínimos do artigo 10."

4[4] Resolução n.º 2/2012/CADE, "Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confirmam ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I - Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado: a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida; b) Aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

II - Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado: a) Aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social; b) Última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida."

ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

74
1

Ademais, a ABRASCA entende que a inclusão da hipótese de "alteração de controle" não é adequada, podendo levar a discussões desnecessárias sobre alterações de percentuais de participação dentro do bloco de controle, gerando incertezas aos administrados e desperdício de recursos públicos e privados em notificações que não provoquem qualquer efeito sobre a concorrência.

Quanto ao tema, mister se faz atentar para o conceito de controle concorrencial, que tem como base a influência dominante e direitos relevantes. A questão de controle está diretamente vinculada à titularidade de ações / quotas e ao exercício dos direitos de sócios que assegurem, de modo permanente e contínuo, a supremacia nas deliberações da empresa. Um acionista minoritário, por exemplo, pode assumir o controle da sociedade e realizar gestão compartilhada em decorrência de um Acordo de Acionistas.

Dessa forma, a mudança do controle de uma sociedade pode gerar impactos no mercado relevante, a depender da definição do mercado e das atividades que desempenhava o grupo que assume o controle, de sorte que um ato de concentração deveria ser entendido como aquele em que haja unificação total dos centros decisórios, ou seja, a aquisição de um poder determinante (influência dominante) na atuação de outro agente econômico.

Compreendem-se por influência dominante as hipóteses em que o controle societário não decorre de posição majoritária interna, contemplando, pois, as situações de controle minoritário interno, controle gerencial e controle externo (de direito e de fato).^{5[5]}

Quando vista sob a ótica do direito concorrencial, essa expressão é diretamente atrelada ao poder de influência relevante do acionista sobre o planejamento empresarial da empresa alvo. Assim, quando um sócio minoritário, por meio de acordo de acionistas, tem direito de deliberar sobre determinadas áreas^{6[6]}, ou de nomear e destituir diretores, caracterizada está uma influência relevante (constante e abrangente) desse acionista, no controle da empresa.

5[5] Lei n.º 6.404/76, "Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

(...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

(...)

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la."

6[6] Áreas consideradas fundamentais para permitir o controle de planejamento de uma empresa, de acordo com a doutrina: (i) pesquisa e desenvolvimento; (ii) investimentos; (iii) produção; e (iv) vendas.

À luz da jurisprudência do CADE, verifica-se que existe influência relevante do ponto de vista concorrencial naqueles casos em que a conformação da estrutura societária torna possível presumir a cooperação empresarial, ou seja, hipóteses em que o acionista^{7[7]}:

- Possua influência relevante na empresa;
- Possua maior participação individual no capital social ou votante da empresa;
- Possua direitos de ingerência nas políticas comercial e mercadológica da empresa, como, por exemplo, a determinação da estratégia competitiva da empresa, a nomeação da maioria dos membros da administração ou a direção das atividades principais da sociedade são demonstrações de controle; e
- Possui capacidade efetiva de influenciar as decisões concorrencialmente relevantes da empresa, por meio de integrantes da Diretoria ou órgãos de gestão da companhia.

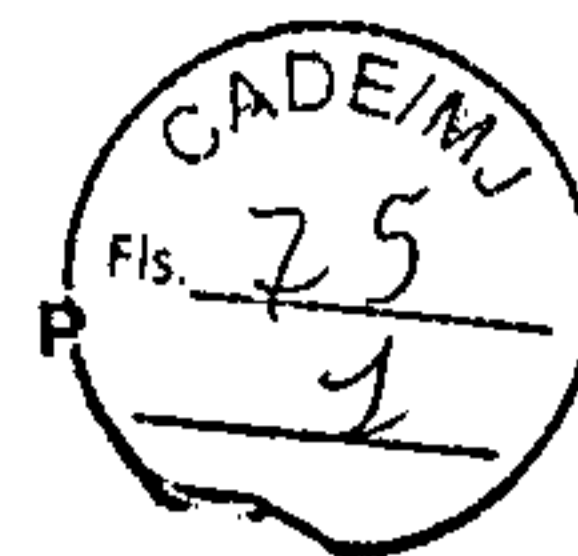
Dito isso, é possível constatar que *operações intra-grupo (interna corporis)* não se enquadram no conceito de concentração econômica, uma vez que não implicam a modificação do centro de controle da empresa. Apenas aquelas operações intra-grupo que impliquem alteração de controle compartilhado para controle unitário deveriam ser objeto de escrutínio concorrencial na hipótese de atenderem aos critérios de submissão previstos na Lei n.º 12.529/2011, dada a possibilidade de acarretarem mudança na estrutura do mercado analisado podem suscitar preocupações de ordem concorrencial.

Em suma, verifica-se que uma operação de aquisição de controle implica a modificação societária que atribui à pessoa natural ou jurídica, ou ao grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, a condição de controlador, diretamente ou através de outras controladas, de maneira a lhe assegurar, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, nos termos da legislação societária.

Nos casos em que o controle é exercido por pessoa, ou grupo de pessoas, que não seja titular de ações ou quotas que assegurem a maioria absoluta dos votos do capital social, considera-se controlador a pessoa ou o grupo de pessoas vinculado por acordo de acionistas ou quotistas, ou sob controle comum, que seja o titular de ações ou quotas que lhe assegurem a maioria absoluta dos votos dos acionistas ou quotistas presentes nas três últimas Assembleias Gerais da companhia.

^{7[7]} Sobre o tema, vide Ato de Concentração n.º 08012.009419/2004-31, de relatoria do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva e Ato de Concentração n.º 08012.011047/2004-11, de relatoria do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo.

III.



ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ARTIGO 11º:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

"Art. 11 A aquisição de debêntures conversíveis em ações é de notificação obrigatória sempre que a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10.

§1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, aquisição das debêntures independe da aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação da operação pelo Cade.

§2º Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures."

Redação Proposta:

Art. 11º A conversão ~~aquisição~~ de debêntures conversíveis em ações é de notificação obrigatória sempre que referida operação ~~a futura conversão em ações~~ se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10.

§1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, a aquisição das debêntures independe da aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica a conversão condicionada à proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação da operação pelo Cade caso a operação se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10.

~~§2º Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures.~~

JUSTIFICATIVA:

As alterações realizadas sobre o texto do artigo disponibilizado pelo CADE representam um alinhamento de coerência com o texto da Súmula n.º 09, de 03.11.2010, segundo a qual considera-se realizado um ato de concentração apenas no momento em que houver o exercício da opção de compra ou de venda, e não no momento em que for celebrado o negócio jurídico que a constitui:

SÚMULA Nº 09, DE 03 DE NOVEMBRO DE 2010.

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, no uso de suas atribuições, tendo em vista o decidido, à unanimidade, em Sessão Plenária de 3 de novembro de 2010, por meio do Despacho nº 150/2010,

FAZ SABER QUE

o Plenário aprovou o seguinte enunciado sumular:

"Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, **considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui**, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas." (destaques da ABRASCA).

Assim como no caso da opção de compra/venda, a ABRASCA também entende que, no caso das debêntures conversíveis em ações, a mesma lógica e o mesmo racional se aplicam. O texto do Art. 11 disponibilizado pelo CADE, portanto, foi ajustado para deixar claro que o momento da notificação de um ato de concentração que envolva operação contendo debêntures conversíveis será apenas quando da sua conversão, e não na celebração do negócio jurídico que tenha como consequência a sua emissão ou subscrição.

A argumentação faz ainda mais sentido quando a ABRASCA se depara com o Art. 90, II da Lei 12.529/11, no qual é considerada como hipótese que caracteriza um ato de concentração quando

(...)**1 (uma) ou mais empresas adquirem**, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, **títulos ou valores imobiliários conversíveis em ações**, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, **o controle e partes de uma ou outras empresas**.

Fica claro, no mencionado artigo, que o objetivo do CADE é analisar, preventivamente, uma operação que envolva debêntures conversíveis apenas em uma pretendida conversão, momento no qual haverá a aquisição de parcela (parte) ou do controle da empresa que emitiu referida debênture. Até o momento anterior à desejada conversão, o titular da debênture não adquire percentual de participação no capital social ou até mesmo o controle, por meio desse instrumento, o que deve dispensar as partes de notificar a mera emissão ou subscrição de debêntures conversíveis ao CADE.

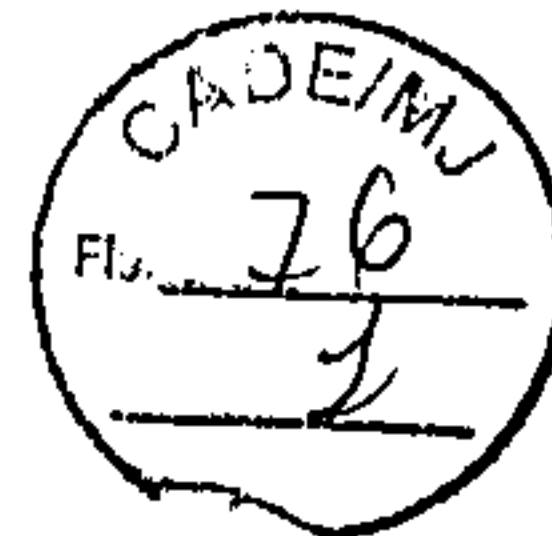
IV.

P

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA OS ITENS II.5 E II.9 DO ANEXO I; E ITENS II.5 E II.9 DO ANEXO II:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

ANEXO I:



II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando:

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

ANEXO II:

II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando:

pertencem.

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

Redação Proposta:

ANEXO I

ETAPA II- INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES

II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante, informando: (...).

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

ANEXO II

ETAPA II- INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES

II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante, informando: (...).

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

JUSTIFICATIVA:

Visando simplificar a apresentação das informações pelas empresas, bem como facilitar a análise dos atos de concentração pelo CADE, a ABRASCA apresenta como sugestão a extensão da limitação "*que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% do capital social ou votante*", prevista no item II.10 do Anexo I da presente minuta, para os itens II.5 e II.9 do Anexo I; e para os itens II.5 e II.9 do Anexo II.

CONSULTA PÚBLICA Nº 02/2014



I.

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ARTIGO 109:

Redação da Consulta Pública nº 02/2014:

Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.

Redação Proposta:

Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado de balcão independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.

Art. 109-B: Nas operações de oferta pública de ações de que trata o art. 109, bem como nas operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado de balcão de que trata o art. 109-A, fica automaticamente autorizado o exercício dos direitos políticos relativo à participação adquirida quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE nº 2/2012.

JUSTIFICATIVA:

De forma bastante correta, a proposta de regulamentação permite a consumação imediata de operações realizadas em bolsa de valores, mas sujeitando-as às mesmas limitações estabelecidas pelo atual art. 109 do Regimento Interno do CADE sobre os direitos do adquirente das ações até a aprovação da operação pelo CADE: (i) fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos às ações adquiridas (art. 109, §1º); e (ii) o CADE pode, a pedido das partes, conceder autorização para exercício dos direitos políticos quando necessário para proteção do investimento (art. 109, §1º).

Inicialmente, é importante incluir na proposta de regulamentação todos os ambientes de negociação em mercado secundário; assim, não apenas as operações em *bolsa de valores*, mas também aquelas em *mercado de balcão* deveriam estar contempladas no novo art. 109-A que se pretende incluir.

Além disso, quando se tratar de operação de *aquisição de participação minoritária*, seria possível autorizar desde logo o exercício pleno dos direitos políticos por parte do investidor, de forma a garantir maior transparência do mercado de capitais e melhor proteção dos investidores: na medida em que se trata de mero *investimento passivo*, sem aquisição de controle, os direitos políticos destinam-se substantivamente a proteger o valor patrimonial do investimento. Nesse sentido, sugere-se a inclusão de um art. 109-B, que autorize desde logo o

exercício de direitos políticos quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE n.º 2/2012 (e eventualmente também quando se trate do art. 11, a depender do resultado final da Consulta Pública 01/2014, também em curso).

CONSULTA PÚBLICA N.º 03/2014:



I. PROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ARTIGO 2º DA RESOLUÇÃO Nº 8 DO CADE:

Redação da Consulta Pública nº 03/2014:

Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:

I – entre concorrentes; ou

II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;

b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.

Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.

Redação Proposta:

Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo, o qualquer contrato celebrado:

I – entre concorrentes, em que a participação de mercado de pelo menos uma das partes contratantes seja de vinte por cento (20%) ou mais do mercado relevante afetado pela operação; ou

II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, em que pelo menos uma das partes contratantes detenha trinta por cento (30%) ou mais do respectivo mercado relevante.

Parágrafo 1º. Para fins deste artigo, apenas serão objeto de análise os contratos associativos mencionados nos incisos I e II, desde que preenchidas as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de resultados entre as partes; e

b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática, por prazo superior a 5 (cinco) anos.

~~Parágrafo único~~^{2º}~~único~~^{1º}. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais

empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, sendo certo que, quanto às relações verticais, serão considerados verticalmente relacionados os agentes econômicos atuantes na mesma indústria, assim entendidos os elos da cadeia produtiva em que um seja insumo para o elo subsequente da referida cadeia.

Parágrafo 3º. Não serão objeto de análise os contratos que não tenham por objeto a efetivação de atos de concentração, ainda que firmados entre concorrentes ou agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado.

JUSTIFICATIVA:

A consulta pública apresenta a minuta que visa disciplinar e tornar mais claro o conceito e critérios de notificação da celebração de contratos associativos, conforme disposto no artigo 90, IV, da Lei 12.529/2011.

De acordo com a resolução, considera-se associativo, qualquer contrato celebrado:

(i) entre concorrentes; e

(ii) entre agentes econômicos que atuam em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, preenchida pelo menos um das seguintes condições:

(a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; e

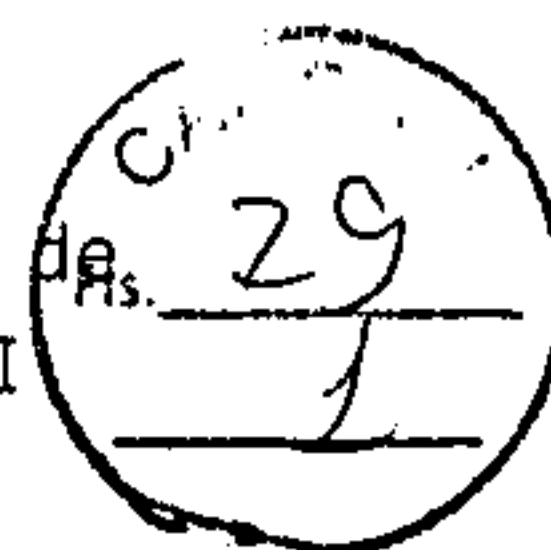
(b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.

Ademais, segundo o parágrafo único da resolução, para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos.

Ocorre que, é de preocupação desta associação a análise extensiva concedida aos contratos celebrados entre concorrentes, que diferentemente dos contratos celebrados entre agentes econômicos que atuam em mercado verticalmente relacionado, não contêm uma limitação com relação à concentração de mercado.

A aplicação ampla desse inciso I poderia, outrossim, gerar uma demanda elevada de atos de concentração a serem analisados pelo CADE, além de elevar o custo da operação entre as empresas envolvidas no processo.

Assim, visando evitar qualquer prejuízo em caso de aprovação da minuta de resolução na forma apresentada, a ABRASCA considera importante que o inciso I também contenha uma limitação quanto à participação de mercado das partes contratantes no mercado afetado pela operação.

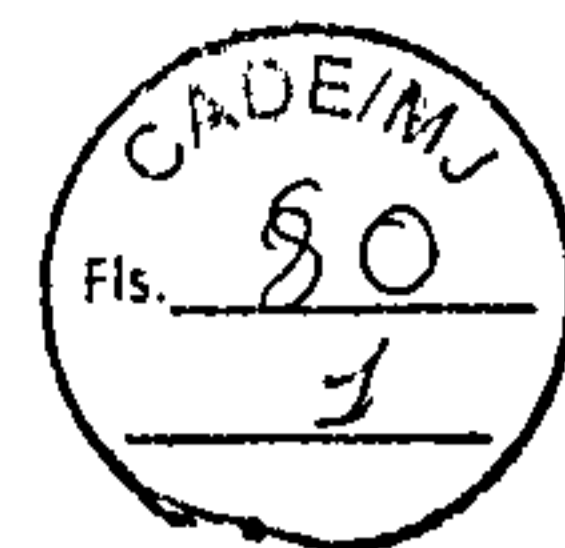


Ademais, integrações verticais em que uma das partes tenha apenas 20% (vinte por cento) de participação de mercado dificilmente resultariam em efeitos negativos para a concorrência. Tal fato, inclusive, parece ser a motivação que levou a Consulta Pública nº 1/2014 a elevar o patamar para enquadramento de operações no rito sumário de 20% (vinte por cento) para 30% (trinta por cento) em casos envolvendo integrações verticais. A ABRASCA sugere, portanto, a alteração da redação do inciso II do artigo 2º para que se indique o patamar de 30% (trinta por cento).

Por fim, operações envolvendo exclusividade por curto período também dificilmente resultariam em efeitos negativos para a concorrência. Note-se que a jurisprudência do CADE é vasta no que tange à regularidade de cláusulas que estabeleçam o prazo de 5 (cinco) anos exclusividade. A ABRASCA considera relevante restringir a necessidade de notificação para operações que acarretem em exclusividade por prazo superior a 5 (cinco) anos, de forma que a cláusula abarque apenas operações que, ao menos potencialmente, possam ser relevantes no ponto de vista concorrencial.

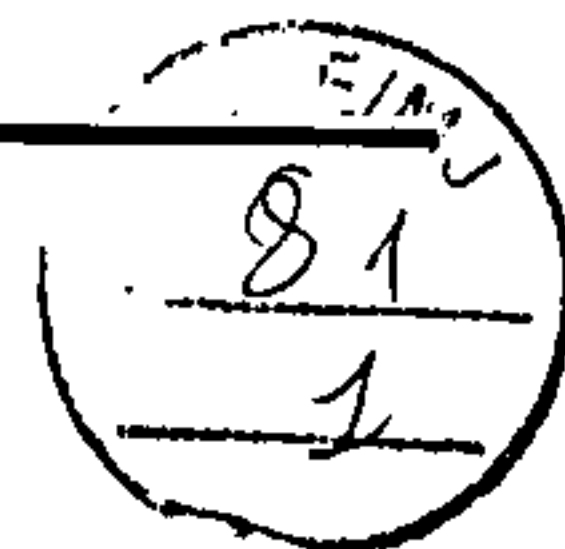
* * * * *

Email secured by Check Point



PETROBRAS

Luiza Kharmandayan



De: alexmesseder@petrobras.com.br
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:06
Para: Consulta 022014
Cc: eduardofrias@petrobras.com.br; anapaulaacuy@petrobras.com.br; esiocosta@petrobras.com.br; andretostes@petrobras.com.br
Assunto: Consulta Pública n.º 02 apresentada pelo CADE em 19/02/2014. Apresentação de sugestões pela Petrobras à minuta disponibilizada pela autoridade antitruste.
Anexos: Contribuição em Consulta Pública_2_2014.docx

Prezados,

Segue contribuição da Petrobras em relação à Consulta Pública n.º 2/2014.

Atenciosamente,

Alex Azevedo Messeder

Petróleo Brasileiro S.A - PETROBRAS
JURIDICO/JAE/CJ-DC
Jurídico da Área Estratégica
Coordenação de Direito da Concorrência
e-mail: alexmesseder@petrobras.com.br
Tel.: (0xx21) 3224-8786 - Fax: (0xx21) 3224-4290
Cel.: (0xx21) 9572-6235
Chave: JUG1

(See attached file: Contribuição em Consulta Pública_2_2014.docx)

"O emitente desta mensagem é responsável por seu conteúdo e endereçamento. Cabe ao destinatário cuidar quanto ao tratamento adequado. Sem a devida autorização, a divulgação, a reprodução, a distribuição ou qualquer outra ação em desconformidade com as normas internas do Sistema Petrobras são proibidas e passíveis de sanção disciplinar, cível e criminal."

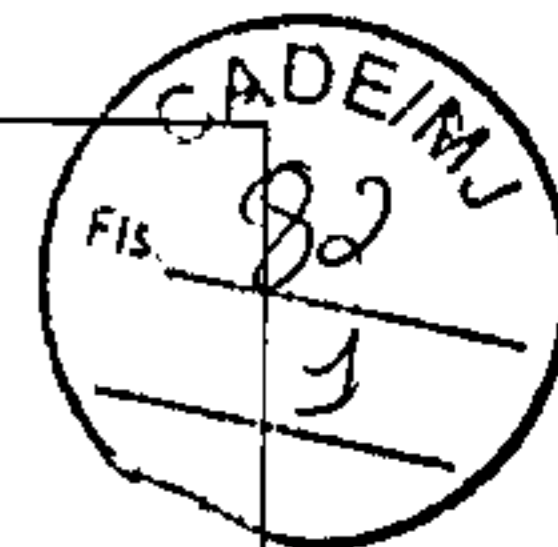
"The sender of this message is responsible for its content and addressing. The receiver shall take proper care of it. Without due authorization, the publication, reproduction, distribution or the performance of any other action not conforming to Petrobras System internal policies and procedures is forbidden and liable to disciplinary, civil or criminal sanctions."

"El emisor de este mensaje es responsable por su contenido y direccionamiento. Cabe al destinatario darle el tratamiento adecuado. Sin la debida autorización, su divulgación, reproducción, distribución o cualquier otra acción no conforme a las normas internas del Sistema Petrobras están prohibidas y serán pasibles de sanción disciplinaria, civil y penal."

Email secured by Check Point

Consulta Pública CADE nº 02/2014.

Contribuições da Petrobras



E-mail indicado pelo CADE para envio de sugestões: consulta022014@cade.gov.br

Autoria: Departamento Jurídico da Petrobras

Data: 22/04/2014

Síntese: Consulta Pública n.º 02 apresentada pelo CADE em 19/02/2014. Apresentação de sugestões pela Petrobras à minuta disponibilizada pela autoridade antitruste. Prazo para envio dia 22/04/2014.

Histórico:

O CADE submeteu à sociedade, em 19/02/2014, a Consulta Pública nº 02, que trata sobre alterações ao RICADE (Regimento Interno da autarquia).

Assim sendo, seguem as sugestões do Jurídico da Petrobras com as suas respectivas justificativas.

Consulta Pública n.º 02/2014 (pretende modificar o Regimento Interno do CADE):

Justificativa:

- i) A sugestão visa conferir clareza ao procedimento de avocação, uma vez que a redação proposta originariamente se demonstrou de difícil compreensão;
- ii) Dado o reconhecimento do CADE quanto à sensibilidade e urgência de determinadas medidas relacionadas à execução das cessões de direitos e obrigações de contratos firmados com o Poder Concedente, a Petrobras requer que seja estendido a tais hipóteses de cessão de direitos e obrigações o mesmo tratamento dado a ofertas públicas e outras operações em bolsa de valores.

Proposta:

Diante do acima exposto, segue a proposta abaixo:

(Os acréscimos à redação original estão realçados em amarelo e as supressões tachadas em vermelho)

Redação proposta pelo CADE	Redação proposta pela PETROBRAS
"Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir da sua publicação e independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação.	"Art. 109. (...)

§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio da oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.

§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.

§3º A obrigatoriedade da oferta pública por alienação de controle de que trata o art. 2º, III da Instrução CVM nº 361, de 5 de março de 2002, deverá ser informada quando da notificação da operação que determinar a realização da oferta, sendo desnecessária posterior notificação após a respectiva publicação.

§4º As ofertas públicas de que tratam os incisos I e II do art. 2º da Instrução CVM nº 361, de 2002, não se enquadram nas hipóteses de ato de concentração disciplinadas pela Lei nº 12.529, de 2011.

Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109."

Art. 109-A (...)

Art. 109-B. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, a cessão de direitos e obrigações que altera apenas a titularidade do contrato firmado com o Poder Concedente, sujeita a aprovação prévia deste, independe de aprovação prévia do Cade para sua consumação.

§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício de direitos políticos atrelados à posição contratual adquirida, isto é, fica proibida a participação ativa do novo agente econômico no processo decisório da operação do contrato firmado com o Poder Concedente, até a aprovação prévia do Cade.

§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja

"Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração:

I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento.

~~Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.~~

§2º - A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração!

§3º - O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator!

§4º - O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."

necessário para a proteção do pleno valor do investimento."

"Art.122 (...)

§2º - A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§3º - O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

§4º - O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."

~~"Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a provocação de avocação ao Tribunal ficará prevento para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que fundamentam o pedido.~~

~~§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:~~

~~I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou~~

~~II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de instrução complementar no Tribunal.~~

~~§ 2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.~~

~~Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:~~

~~I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;~~

~~II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar;~~

~~Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129."~~

"Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:

I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;

II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar, ocasião em que o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro Relator.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129."

Luiza Kharmandayan

De: Maria Eugenia Novis - (MEG) [MNovis@machadomeyer.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:10
Para: Consulta 022014
Cc: Direito da Concorrência
Assunto: Consulta Pública - Comentários Machado Meyer
Anexos: Comentários Consulta Pública No. 2.DOCX



Prezados Senhores,

Cumprimentamos E. Conselho Administrativo de Defesa Econômica pela iniciativa de aprimorar a legislação de defesa da concorrência por meio da regulamentação de certos dispositivos. Trata-se de medida louvável, que amplia a segurança jurídica sob a perspectiva dos administrados e promove a utilização mais eficiente dos recursos desta autarquia no exercício das suas competências.

Em atenção à Consulta Pública nº. 02/2014, que submete proposta de alteração de dispositivos do Regimento Interno do Cade, vimos respeitosamente apresentar comentários e sugestões com o intuito de contribuir para o aperfeiçoamento do regime de controle de estruturas em nosso país.

Esperamos ter contribuído para a reflexão sobre alguns pontos julgados sensíveis e estamos à disposição de V. Sas. para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente,

Machado Meyer Advogados

Email secured by Check Point

Consulta Pública nº 02/2014

Redação original	Redação proposta	Comentários e sugestões
<p>Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir da sua publicação e independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação.</p> <p>§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio da oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.</p> <p>§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.</p> <p>§3º A obrigatoriedade da oferta</p>	<p>Art.109 [...]</p> <p>Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.</p>	<p>A inclusão do artigo 109-A nos parece altamente positiva, pois traz mais clareza sobre os procedimentos a adotar nos casos de operações realizadas em bolsa de valores.</p>



<p>pública por alienação de controle de que trata o art. 2º, III da Instrução CVM nº 361, de 5 de março de 2002, deverá ser informada quando da notificação da operação que determinar a realização da oferta, sendo desnecessária posterior notificação após a respectiva publicação.</p> <p>§4º As ofertas públicas de que tratam os incisos I e II do art. 2º da Instrução CVM nº 361, de 2002, não se enquadram nas hipóteses de ato de concentração disciplinadas pela Lei nº 12.529, de 2011.</p>		
<p>Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração:</p> <p>I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva</p>	<p>Art.122 [...]</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselho, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselho que proferir o despacho de avocação científicará a</p>	<p>É bastante positiva a previsão expressa do procedimento de avocação na legislação.</p> <p>Contudo, parece-nos essencial aproveitar esta oportunidade para incluir no RICADE dispositivos que possibilitem a imediata ciência, pelas Partes, de medidas que suspendem o prazo de trânsito em julgado da decisão do CADE, a fim de aumentar a segurança jurídica dos administrados e</p>

<p>fundamentam o pedido.</p> <p>§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou</p> <p>II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de instrução complementar no Tribunal.</p> <p>§2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	<p>do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II – manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	<p>Sugestão de redação:</p> <p>Art. 131. O Conselheiro que provocar a avocação ficará prevento para relatar a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II – manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>
<p>Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.</p>	<p>132 [...]</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração</p>	<p>Entendemos ser essencial proporcionar segurança jurídica às Partes do ato de concentração em caso de interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar pelo</p>



<p>agência reguladora;</p> <p>II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento.</p> <p>Parágrafo único. Do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, deverão constar os motivos pelos quais o ato aprovado poderá implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços, e todos os documentos e pareceres indispensáveis à análise dos fatos alegados.</p>	<p>Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.</p>	<p>aperfeiçoar os procedimentos do CADE.</p> <p>Sugerimos manter inalterada a redação proposta e incluir tais dispositivos no artigo 132, nos termos abaixo.</p>
<p>Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a provocação de avocação ao Tribunal ficará prevento para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que</p>	<p>Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação</p>	<p>Sugerimos apenas pequenos ajustes no caput do artigo 131, para alinhá-lo à redação do artigo 122 e tornar mais clara a limitação imposta ao Conselheiro que provocar a avocação, conforme segue.</p>

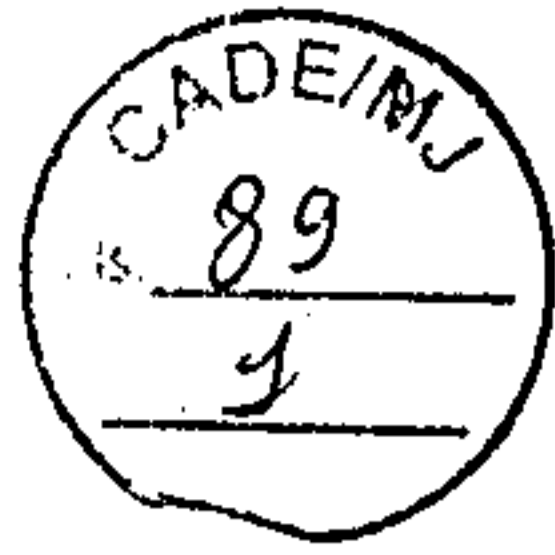
<p>suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspenda a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p> <p>§3º Até as 19h da data de recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou da data da redação do despacho que exporá os motivos que fundamentam a avocação, a Superintendência-Geral ou o Conselheiro que provocar a avocação, respectivamente, intimará os representantes legais das Partes no(s) endereço(s) de correio eletrônico informado(s) no formulário dos Anexos I ou II.</p> <p>§4º A ausência de intimação no prazo previsto no §3º implicará a impossibilidade de imposição de quaisquer penalidades pela prática.</p>		
--	--	--



<p>Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p>	<p>econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p> <p>§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.</p>	<p>Tribunal Administrativo.</p> <p>As Partes não têm como ter ciência do recebimento de recurso na Unidade de Protocolo do CADE ou da prolação de despacho por membro do Tribunal, a menos que sejam devida e imediatamente intimadas dessa situação.</p> <p>A fim de evitar possíveis danos às Partes decorrentes única e exclusivamente da não comunicação, pelo Cade, das situações que suspendem o curso do prazo de trânsito em julgado da decisão proferida pela Superintendência-Geral, sugerimos as seguintes alterações a este artigo.</p> <p>Sugestão de redação:</p> <p>132 [...]</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar</p>
--	---	--

		<p>pelas Partes, de atos relativos à consumação da operação a partir do 16º dia contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§5º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos até as 12h do 16º dia contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p>
--	--	--

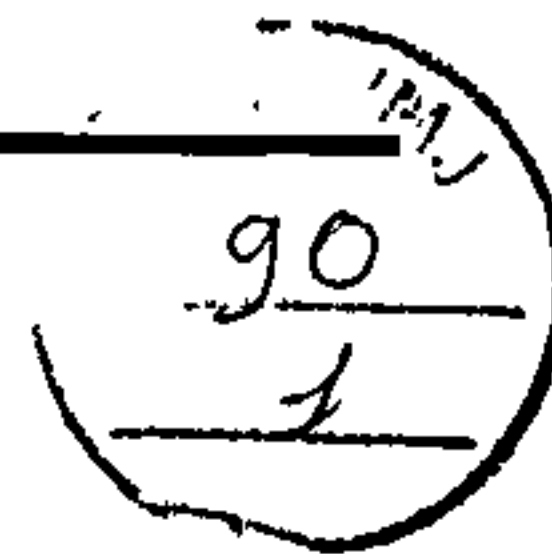




WALTER
IHOSHI

Luiza Kharmandayan

De: Walter Ihoshi [walterihoshi@yahoo.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:30
Para: Consulta 022014
Assunto: Consulta Pública n 02 sugestões.docx
Anexos: Consulta Publica n 02 sugestoes.docx; ATT43574.txt



Senhores Conselheiros,

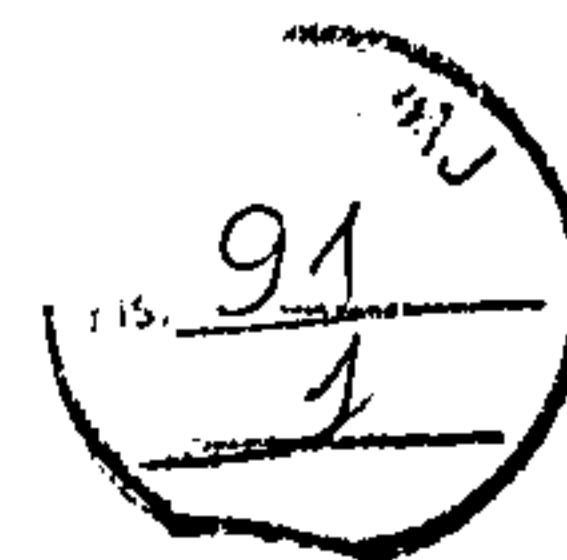
Encaminho, no texto anexo, nossos comentários e sugestões para a Consulta Publica n 2., para apreciação desse E. Conselho.

Respeitosamente,

Walter Ihoshi
Deputado Federal
(PSD/SP)

Email secured by Check Point

CONSULTA PÚBLICA N. 02/2014



Prezados Senhores Conselheiros,

Walter Ihoshi, Deputado Federal (São Paulo), CPF 045.888.468-85, domiciliado na Rua Doutor Cesar 506, CEP 02013-002, São Paulo, vem, respeitosamente, apresentar as suas contribuições às propostas de regulamentação da Lei 12.529/11, submetidas por esse Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade" ou "CADE") a consulta pública em 19 de fevereiro de 2014 (Consulta Pública de n. 2/2014).

O objetivo do presente documento é o de contribuir, modestamente, para o louvável esforço desse Conselho no sentido de conferir maior clareza, transparência e efetividade na aplicação da legislação concorrencial. Os comentários críticos ora desenvolvidos estão imbuídos de espírito construtivo e em momento algum visam a questionar a autoridade do Cade.

A seguir, são apresentadas as sugestões e justificativas correspondentes para a apreciação desse E. Conselho.

Consulta Pública n. 02/2014

Altera dispositivos do Regimento Interno do CADE.

Para melhor adequação técnica do texto, sugerimos as seguintes alterações (grifadas em negrito e itálico):

(i) ART. 122

De:

"Art. 122 (...)

(...)

§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração."

§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

Para:

Rejeição integral da proposta em consulta pública; renumeração do atual parágrafo único para § 1º e inclusão de § 2º com a seguinte redação:

"Art. 122. (...)

§ 2º O decurso *in albis* do prazo previsto no *caput* deste art. 122 será certificado nos autos pelo Cade no primeiro dia útil subsequente ao seu término. Na ausência dessa certificação, haverá a presunção absoluta de que não há restrições aos atos de consumação da operação."

Justificativa:

Entende-se que a proposta em consulta pública viola o princípio da legalidade, pois contraria frontalmente a norma legal insculpida no art. 65 da Lei 12.529/11, segundo o qual a decisão de avocação compete *originariamente* ao próprio Tribunal, e não a um dos seus Conselheiros individualmente.

De fato, reza o citado dispositivo legal que aos Conselheiros cabe tão-somente encaminhar ao Tribunal a *provocação* para a avocação, o que nenhum exercício interpretativo, por mais criativo que seja, permite concluir que *Conselheiro* seja sinônimo de *Tribunal*, ou que *provocação* seja sinônimo de *decisão*. Dito de outra forma, a nova redação do artigo 122, §2º do Regimento Interno do Cade afronta a natureza colegiada da eventual decisão pela avocação.

Tanto a proposta é incompatível com o texto da lei que, como decorrência dela, parece-nos que o Cade se viu obrigado a alterar também o artigo 131 do Regimento Interno - que determina que o Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Tribunal - tornando-o manifestamente redundante com o disposto no artigo 18, XI, do mesmo diploma.

Tal qual o recurso por terceiro, a avocação pelo Tribunal apenas poderia ocorrer quando houver por parte do Tribunal (manifestada ao menos por um de seus membros) a convicção de que existem fortes

indícios de que o ato aprovado poderia implicar eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, reforço de posição dominante ou dominação de mercado relevante de bens e serviços; ocasião em que poderia merecer a revisão pelo Tribunal. Apenas um fundado motivo poderia ser capaz de reverter os efeitos de uma decisão da Superintendência-Geral, que tem propósito de ser terminativa, nos termos da Lei n. 12.529/11.

Como é cediço, a decisão de avocação é do Tribunal e não isolada, de um de seus membros. Assim, no prazo de 15 dias a decisão deve ser tomada pelo Tribunal (leia-se, em Plenário) e, por força de seus reflexos, com toda a publicidade imediata (certificação nos autos, no extrato processual eletrônico etc.). Aliás, a certificação imediata também deveria ocorrer quando houver recurso por um terceiro.

Caso um dos Conselheiros tome a iniciativa de provocar a avocação, ela deve ser feita de forma célere, para que o Tribunal delibere em até 15 dias. É o que está na Lei. Se o prazo hipoteticamente é considerado exíguo pela autoridade, não cabe ajustá-lo por meio de Regulamento Interno, em contradição ao texto legal e ao propósito maior de se ter uma aprovação célere de um ato sem razoáveis preocupações concorrenciais.

Assim, entende-se que as propostas de alteração ao art. 122 são ilegais e a única maneira de implementá-las seria por meio de uma alteração legislativa aprovada pelo Parlamento brasileiro, após o cumprimento todas as etapas do processo legislativo.

(ii) ART. 132

De:

"Art. 132 (...)

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;

§3º O decurso *in albis* do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.”

Para:

Rejeição integral da proposta de alteração do art. 132 e inclusão de § 2º no art. 122, conforme exposto na sugestão anterior.

Justificativa:

Ficam corroboradas as explanações feitas na sugestão anterior (art. 122), aplicáveis ao presente caso.

Além disso, para a reflexão desse E. Conselho, ressalta-se que a consequência da avocação pelo Tribunal do CADE ou da interposição de recurso por terceiro interessado seria a suspensão da execução da operação, nos termos da Lei n. 12.529/11. Ou seja, a despeito de aprovada, a execução, a implementação ou os atos de consumação do negócio ficariam suspensos até a decisão final pelo Tribunal.

Ainda, entende-se que o terceiro interessado já deveria, desde a publicação do Edital, ter imediatamente solicitado a sua habilitação para poder intervir e, inclusive, recorrer da decisão de aprovação pela Superintendência-Geral. Caso não tenha se pronunciado de forma tempestiva e oportuna logo após a publicação do Edital, entende-se que o seu direito de impugnar a operação e notadamente de recorrer da decisão da Superintendência Geral teria precluído, face aos ditames de celeridade impostos pela Lei 12.529/11.

Por fim, mas não menos importante, cabe ressaltar, que o Regimento Interno do CADE (RICADE)¹, a despeito de também prever que a interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou que a decisão de avocar suspenderia a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal, inovou em relação à Lei n. 12.529/11 ao dispor que *“uma vez aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderia ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação”*.

¹ RICADE: Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.

Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.



Disso depreende-se que o RICADE, ao regular a Lei n. 12.529/11, inovou de forma restritiva e, portanto, ilegal, pois a Lei não menciona que a operação não poderia ser consumada; ao contrário, previu tão-somente que a consumação estaria *suspensa*, mas não vetada ou impedida logo após a aprovação pela Superintendência-Geral.

É certo, por outro lado, que a consumação do ato de concentração no período ainda de recurso ou avocação impõe às partes arcar, por conseguinte, com os custos e transtornos de eventual desfazimento dos atos consumativos num cenário hipotético de reversão também da decisão de aprovação do ato, quando da revisão do processo pelo Tribunal do CADE.

Respeitosamente,

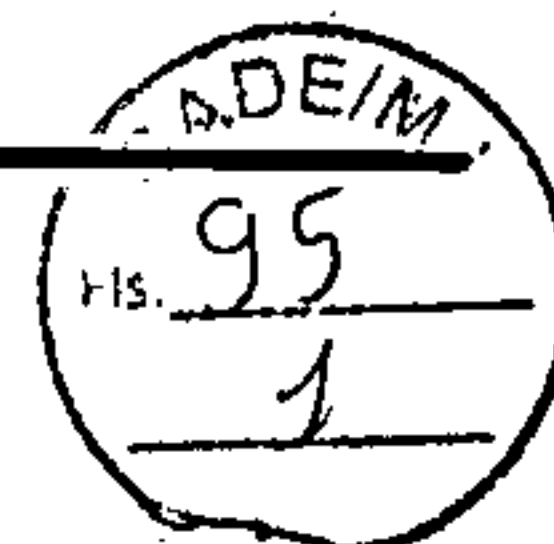
Walter Ihoshi
Deputado Federal

C. DE/MJ
Fls. 94
1

IBRAC

Luiza Kharmandayan

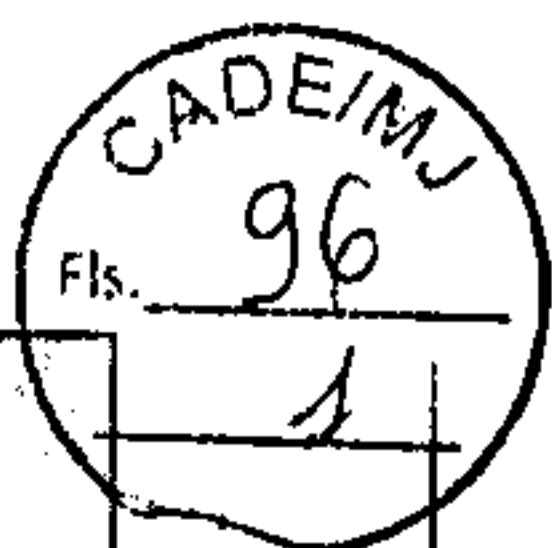
De: luiza kharmandayan [luiza.kharmandayan@gmail.com]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:43
Para: Consulta 022014; Consulta 032014
Assunto: Fwd: Comentários IBRAC
Anexos: Comentários IBRAC à Consulta Cade 02 2014.pdf; Comentários IBRAC à Consulta Cade 03 2014.pdf



----- Forwarded message -----

From: José Busto <jose.carlos.busto@gmail.com>
Date: 2014-04-22 18:23 GMT-03:00
Subject: Comentários IBRAC
To: luiza.kharmandayan@gmail.com

COMENTÁRIOS DO IBRAC À CONSULTA PÚBLICA 02/2014 DO CADE



<p>Redação da Consulta Pública</p> <p>Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.”</p>	<p>Redação Proposta IBRAC</p>	<p>Comentários IBRAC</p> <p>Estamos de acordo com a proposta por deixar claro que as regras para ofertas públicas de ações são aplicáveis a todas as operações realizadas em bolsa de valores.</p>
--	-------------------------------	--

<p>Redação da Consulta Pública</p> <p>“Art.122 (...)</p> <p>§2º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.”</p>	<p>Redação Proposta IBRAC</p> <p>“Art.122. (...)</p> <p>§2º A avocação pelo despacho de <u>despacho de</u> Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro que <u>por meio de despacho do Conselheiro que</u> exporá os motivos que fundamentam a avocação, e <u>deverá ser proferida</u> no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.</p> <p>§3. <u>As partes serão intimadas da sessão que deliberará a avocação. O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão e ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</u></p> <p>§4º -<u>Em caso de interposição de recurso previsto no inciso I ou de avocação prevista no inciso II, os representantes legais das Requerentes deverão ser intimados no(s) endereço(s) de correio eletrônico informado(s) no formulário dos Anexos I ou II à Resolução nº 02/2012, conforme o caso, no prazo previsto no caput deste Artigo. Na ausência da intimação será considerada como transitada em julgado a decisão da Superintendência-Geral, sem prejuízo da atualização do andamento processual no SISCADÉ. O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação</u></p>	<p>Comentários IBRAC</p> <p>Consideramos um avanço a regulamentação do procedimento de avocação pelo Tribunal.</p> <p>Entretanto, entendemos que a Lei nº 12.529, de 2011, estabelece que a avocação é uma decisão do Tribunal e deve ser tomada de forma colegiada dentro do prazo de 15 dias estabelecido no artigo 65 e, por isso, estamos de acordo com as propostas de acordo sugeridas pela Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP.</p>
--	--	--

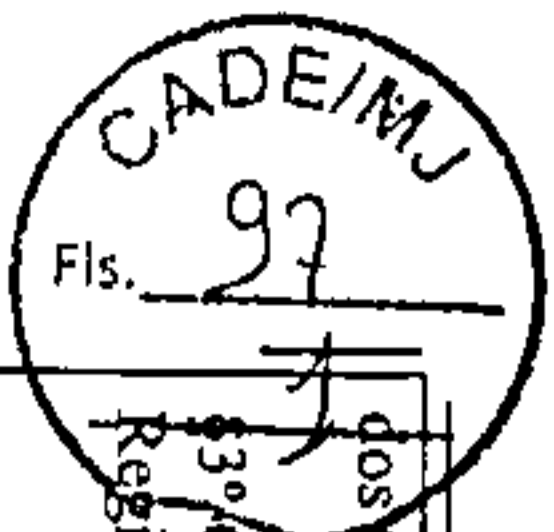
Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121 Cep 05013-001 São Paulo-SP Tel Fax 011 3872.2609

www.ibrac.org.br E-mail: ibrac@ibrac.org.br

	<p>§5º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação científica a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.</p> <p>§6º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.”</p>	
<p>Redação da Consulta Pública</p> <p>“Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II – manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.”</p>	<p>Redação Proposta IBRAC</p> <p>“Art. 131. O Conselheiro que convocar a proferir o despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II – manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.”</p>	<p>Comentários IBRAC</p> <p>Consideramos um avanço a regulamentação do procedimento de avocação pelo Tribunal.</p> <p>Entretanto, entendemos que a Lei nº 12.529, de 2011, estabelece que a avocação é uma decisão do Tribunal e deve ser tomada de forma colegiada dentro do prazo de 15 dias estabelecido no artigo 65 e, por isso, estamos de acordo com as propostas de acordo sugeridas pela Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP.</p>
<p>Redação da Consulta Pública</p> <p>“Art.132. (...)</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um</p>	<p>Redação Proposta IBRAC</p> <p>Art.132. (...)</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensão a execução do ato de concentração econômica a partir da intimação das Requerentes acerca do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou da avocação pelo</p>	<p>Comentários IBRAC</p> <p>É fundamental que as Requerentes do Ato de Concentração sejam científicas acerca da interposição de recurso ou da avocação para que possam assegurar o cumprimento ao dispositivo legal (par. 4º do Art. 65) que determina a suspensão da execução do ato de concentração econômica, nessas hipóteses.</p> <p>Assim, em linha com a sugestão da CECORE, decorrido o prazo de 15 (quinze) dias após a publicação da decisão da SG sem que as Requerentes tenham sido notificadas sobre a</p>

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121 Cep 05013-001 São Paulo-SP Tel Fax 011 3872.2609

www.ibrac.org.br E-mail: ibrac@ibrac.org.br



<p>dos Conselheiros do Tribunal; §3º O decurso <i>in albis</i> do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.”</p>	<p>data de prelação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal. §3º O decurso <i>in albis</i> do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.”</p>	<p>interposição de recurso ou de pedido de avocação, o ato pode ser considerado definitivamente aprovado. Ocorre que tem havido certa insegurança jurídica em virtude de posterior juntada aos autos de pedido de avocação emitido dentro do prazo legal, mas que teria resultado em publicação aos interessados em momento posterior. Neste cenário, há ainda o risco de as Requerentes consumarem a operação, por não terem sido informadas do pedido de avocação dentro deste prazo legal, o que não seria desejável para a coletividade e para as próprias Requerentes, que podem vir a sofrer indevidamente penalidades por <i>gun jumping</i>.</p> <p>Portanto, para solucionar esta questão, sugerimos que o CADE informe aos representantes legais das Requerentes quando houver interposição de recurso ou pedido de avocação, dentro do prazo máximo de 15 dias legalmente estabelecido, por meio do endereço eletrônico devidamente fornecido pelas Requerentes no formulário de notificação do ato de concentração (Anexo I ou II, conforme o caso), sem prejuízo de proceder à atualização do andamento processual do SISCADÉ. Conseqüentemente, em caso de ausência de intimação dentro do aludido prazo legal de 15 dias, a decisão da SG deveria ser considerada como transitada em julgado, sem que as Requerentes tenham que realizar qualquer diligência adicional junto ao CADE para certificar-se de eventual juntada de recurso ou pedido de avocação.</p> <p>Tal sugestão tem fundamento legal nos artigos 28 e 62 da Lei nº 9.784/99 (aplicada subsidiariamente à Lei nº 12.529/11, conforme seu art. 115), como segue:</p> <p>“Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de</p>
---	--	---

		<p>outra natureza, de seu interesse".</p> <p>De modo expresso, a mesma lei (Lei nº 9.784/99) prevê a intimação dos demais interessados para exercerem seu contraditório, no caso de interposição de recurso:</p> <p>"Art. 62. Interposto o recurso, o órgão competente para dele conhecer deverá intimar os demais interessados para que, no prazo de cinco dias úteis, apresentem alegações".</p>
--	--	--



BMA

Luiza Kharmandayan



De: Jose Carlos da Matta Berardo [jcm@bmalaw.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 19:50
Para: Consulta 012014; Consulta 022014; Consulta 032014
Cc: Barbara Rosenberg; José Inácio F. de Almeida Prado Filho
Assunto: Comentários às Consultas Públicas 1, 2 e 3 de 2014
Anexos: CP CADE 2014 - COMENTARIOS BMA.pdf


Prezados Senhores,

Segue anexa nossa contribuição para estas consultas públicas, em atenção às publicações realizadas por esse e. Conselho.

Atenciosamente,
José Carlos.

Jose Carlos da Matta Berardo

BM&A | ADVOGADOS
BARBOSA, MÜSSNICH & ARAGÃO
www.bmalaw.com.br

Siga-nos 
Follow us

São Paulo - Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 1455 - 10ª andar - 04543-011 - T. 55 11 2179-4559 Fax 55 11 2179-4597
Brasília | Rio de Janeiro | São Paulo

Conteúdo confidencial. Se a mensagem foi recebida por engano, por favor, avise ao remetente e apague-a do computador.
Privileged and confidential. If this message has been received in error, please notify the sender and delete it immediately.

De São Paulo para Brasília, 22 de abril de 2014.

Ao
Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Ilustríssimo Senhor Presidente Vinícius Marques de Carvalho
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
CEP 70770-504, Brasília, DF

[via eletrônica]

Ref.: Comentários às Consultas Públicas 1, 2 e 3 de 2014

Ilustríssimo Senhor,

Cumprimentando-o, agradecemos pela oportunidade de apresentar comentários às Consultas Públicas 1, 2 e 3 de 2014, o que fazemos na forma do documento anexo.

Acreditamos que nossos comentários podem contribuir, construtivamente, para o debate do quadro normativo referente à aplicação da Lei nº 12.529/2011, no âmbito do controle de concentrações. Como se poderá observar, nossa equipe concorda, em termos gerais, com as bem-vindas propostas de alteração formuladas por essa e. Autarquia, na medida em que contribuem para garantir maior segurança jurídica na aplicação da Lei, especialmente no que não venham a impor ônus excessivos sobre os administrados.

Lembramos que estes nossos comentários representam apenas e tão somente a opinião de nossa equipe, a partir de sua experiência diária, e por isso, evidentemente, não devem ser consideradas como provenientes de qualquer dos nossos clientes.

Permanecemos à disposição de V. Sas. para debater estes comentários e propostas, parabenizando-os pela iniciativa e oportunidade.

Atenciosamente,

Barbara Rosenberg

José Carlos da Matta Berardo

José Inácio F. de Almeida Prado Filho

BRASÍLIA
Setor Comercial Sul, Qd 1, Bl. F,
w 30 - 7º andar | 70292-900
t. + 55 61 3218-0300
t. + 55 61 3218-0215

RIO DE JANEIRO
Av. Alameda Barrosa, 52
31º andar | 20021-000
t. + 55 21 3824-6800
t. + 55 21 2282-6526

SÃO PAULO
Av. Pres. Juscelino Kubitschek,
1465 - 19º andar | 04543-011
t. + 55 11 2179-4600
t. + 55 11 2179-4397

COMENTÁRIOS ÀS
CONSULTAS PÚBLICAS CADE 1/2014, 2/2014 E 3/2014

Consulta Pública n.º 1/2014

Rito sumário vs. rito ordinário

1. A proposta de alteração na Resolução CADE n.º 2/2012 para expressamente manter no *rito sumário* operações em que não se atinja uma modificação significativa na estrutura de mercado (definido como *ausência de nexos de causalidade*) certamente é muito bem vinda, e está em linha com as melhores práticas das jurisdições mais maduras.

2. Todavia, o critério de incremento do índice HHI é, em si e por si, suficiente para bem definir esse critério de nexos de causalidade mínimo para análise em *rito ordinário*, não sendo necessária qualquer outra referência a um percentual resultante mínimo de controle dos mercados relevantes; isso porque, ao se calcular o incremento no HHI, as participações de mercado dos grupos envolvidos já serão implícita e necessariamente levadas em conta. Um incremento de 200 pontos no HHI já seria atingido naturalmente por qualquer aquisição feita por grupo titular de 50% de participação mercado quando a empresa alvo tenha participação de 2 p.p. ou mais; se esse limite de 200 pontos for considerado alto demais como critério isolado, sugere-se que ele seja reduzido para 150 pontos, o que contemplaria qualquer aquisição feita por empresa com 75% de participação de mercado, independente da participação de mercado da empresa-alvo.

3. Quanto à hipótese de *substituição de agente econômico*, não parece pertinente fazer referência aos outros mercados em que o grupo vendedor atue; se o adquirente não participa de nenhum mercado em que haja concentração horizontal ou relação vertical com nexos de causalidade com a Operação, a hipótese é, tecnicamente, de substituição de agente econômico.

4. Nesse sentido, sugere-se o seguinte ajuste de texto para o art. 8 da Resolução CADE n.º 2/2012:

“Art. 8º [...] II – Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados ~~e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;~~

[...]

V – Ausência de nexos de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a *150 pontos. 200 desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%.*”

Aquisição e alteração de controle

5. É fundamental lembrar que a Resolução CADE n.º 2/2012 já contempla hipóteses de notificação compulsória mesmo quando não haja aquisição de controle, nas hipóteses previstas no atual art. 10, que será mantido, com alteração no seu *caput*.

6. Com regras estáveis e objetivas -- como aquelas que se pretende ao abrigo da proposta de nova redação ao art 10 da Resolução CADE n.º 2/2012--, que parecem capazes de filtrar adequadamente os casos em que poderia haver preocupações concorrenciais em situações em que não haja aquisição de controle, não parece necessário incluir uma referência ambígua e pouco clara à hipótese de *alteração de controle* como novo caso de submissão, sob o art. 9-I da Resolução CADE n.º 2/2012. Nesse sentido, sugere-se a seguinte alteração no texto proposto pelo CADE:

“Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando: I – Acarretem aquisição ~~ou alteração~~ de controle; II – Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de minimis do artigo 10.”

“Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses: [...]

7. Com relação à proposta de redação nova ao art. 11-- a tratar da emissão de debêntures conversíveis --, entende-se que não caberia ao texto regulamentar tratar de uma hipótese *ad hoc* e casuística de aquisição de controle. Nesse sentido, sugere-se a exclusão completa do texto proposto para o art. 11 da Resolução CADE n.º 2/2012, constando apenas a descrição, sob o *caput* deste artigo, de que houve revogação do dispositivo:

~~“Art. 11. Revogado pela Resolução CADE n.º [número]/2014”. “Art. 11 A aquisição de debêntures conversíveis em ações é de notificação obrigatória sempre que a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10. §1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, aquisição das debêntures independe da aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação da operação pelo Cade. §2º Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures.”~~

* * *

Consulta Pública n.º 2/2014

Esclarecimentos sobre efeito suspensivo em recurso

8. A proposta de alteração do Regimento Interno do CADE esclarece, de forma correta, que a decisão de aprovação de ato de concentração pela Superintendência Geral já autoriza as partes a seguirem com a Operação, que volta a ser suspensa apenas na hipótese de recurso ou de avocação. Todavia, as partes não têm como saber, imediatamente, se houve ou não recurso ou avocação subsistentes; é apenas com sua *intimação* que elas terão conhecimento desse incidente. Por esse motivo, a proposta de redação nova ao art. 132, § 2º, do Regimento Interno do CADE deve ser ajustada de forma a deixar claro que a suspensão do ato de concentração ocorre quando as partes são *intimadas* sobre o recebimento regular do recurso, ou quando são *intimadas* sobre a aprovação do despacho de avocação de um Conselheiro pelo Plenário.

9. Isso porque o mero protocolo do recurso não significa que ele deva ser recebido; não apenas por uma questão de tempestividade (*cf.* atual art. 122 do Regimento Interno do CADE), com também porque apenas terceiro interessado habilitado poderia recorrer (*cf.* atual art. 122-I do Regimento Interno do CADE). Já o despacho de avocação por um único Conselheiro não necessariamente será subsistente: a decisão de avocação é, nos termos da Lei 12.529/11, do Plenário do CADE; é certamente legítimo que o despacho de um único Conselheiro, dentro do prazo de 15 dias, seja suficiente para provocação tempestiva do incidente de avocação; mas não é razoável exigir das partes que suspendam a execução da Operação imediatamente enquanto o Plenário do CADE não referendar tal despacho.

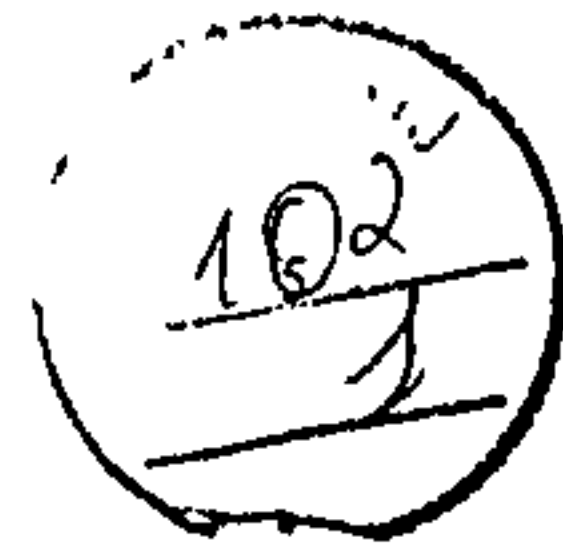
10. Aliás, a própria sugestão de redação proposta pela Consulta Pública 2/2014 para o art. 131-I do Regimento Interno admite que o Plenário do CADE poderá confirmar diretamente a aprovação da Superintendência Geral.

11. Nesse sentido, parecem importante alguns ajustes na proposta de redação a ser dada aos arts. 122, 131 e 132 do Regimento Interno do CADE de forma a deixar claro que (i) o despacho de um único Conselheiro é forma de *provocação* do incidente de avocação; (ii) a execução do ato de concentração só se suspende no momento em que as partes (ii.a) são intimadas de que houve um recurso protocolado e devidamente recebido; (ii.b) são intimadas de que o Plenário do CADE referendou o despacho de avocação.

“Art.122 [...]

§2º A decisão de avocação do Tribunal ~~se dará~~ *será provocada* por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.



§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.”

“Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:

I – confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito *o despacho de avocação e o procedimento do art. 126, inciso III, ou;*

II – *aprovar* ~~manter~~ o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.”

“Art. 132. [...].

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica *no momento de intimação formal das partes sobre o recebimento regular do recurso ou sobre a decisão do Plenário do CADE que aprovar o despacho de avocação.* ~~do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;~~

§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.”

Operações em bolsa de valores.

12. De forma bastante correta, a proposta de regulamentação permite a consumação imediata de operações realizadas em bolsa de valores, mas sujeitando-as às mesmas limitações estabelecidas pelo atual art. 109 do Regimento Interno sobre os direitos do adquirente das ações até a aprovação da operação pelo CADE: (i) fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos às ações adquiridas (art. 109, §1º); e (ii) o CADE pode, a pedido das partes, conceder autorização para exercício dos direitos políticos quando necessário para proteção do investimento (art. 109, §1º).

13. Inicialmente, é importante incluir na proposta de regulamentação todos os ambientes de negociação em mercado secundário; assim, não apenas as operações em *bolsa de valores*, mas também aquelas em *mercado de balcão* deveriam estar contempladas no novo art. 109-A que se pretende incluir.

14. Além disso, quando se trate de operação de *aquisição de participação minoritária*, seria possível autorizar desde logo o exercício pleno dos direitos políticos por parte do investidor, de forma a garantir maior transparência do mercado de capitais e melhor proteção dos investidores: na medida em que se trata de mero *investimento passivo*, sem aquisição de controle, os direitos políticos destinam-se substantivamente a proteger o valor patrimonial do investimento. Nesse sentido, sugere-se a inclusão de um art. 109-B, que autorize desde logo o exercício de direitos

políticos quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE n.º 2/2012 (e eventualmente também quando se trate do art. 11, a depender do resultado final da Consulta Pública 01/2014, também em curso):

“Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores *ou em mercado de balcão* independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.

“Art. 109-B: *Nas operações de oferta pública de ações de que trata o art. 109, bem como nas operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado balcão de que trata o art. 109-A, fica automaticamente autorizado o exercício dos direitos políticos relativo à participação adquirida quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE n.º 2/2012.*”

* * *

Consulta Pública n.º 3/2014

Definição de "contrato associativo" deve ter por fundamento a sua oposição aos contratos de permuta em sentido amplo.

15. Fundamentalmente, ao congregar as hipóteses de *joint venture*, consórcio e contrato associativo sob o art. 90-IV da Lei 12.529/11, resta claro que há um denominador comum entre essas três hipóteses; tal elemento parece ser a noção de *comunhão de objetivo* (ou *fim comum*), típica dessas três hipóteses e que as opõem aos contratos de permuta em sentido amplo.

16. Nos contratos de permuta em sentido amplo, prestação e contraprestação colocam-se em sentidos contrários, de forma que uma encontra seu suporte na outra; por esse motivo, cumprida a prestação torna-se normalmente exigível a contraprestação, e uma vez extintas as prestações e as contraprestações -- via pagamento ou qualquer outra forma de extinção das obrigações --, o contrato que as constituía encerra-se, por seu cumprimento pleno. Mesmo nos casos em que a relação perdura no tempo (*e.g.*, contrato de fornecimento), a oposição entre as prestações típicas de cada polo da relação contratual permanece muito clara; apesar de relação continuar em vigor ao longo do tempo, o cumprimento de cada prestação (ou contraprestação) é o propósito direto do contrato; adimplida a obrigação, *termina* a cooperação entre as partes por força do próprio cumprimento do contrato (naturalmente, com exceção de obrigações pós-contratuais derivadas da boa-fé objetiva).

17. Essa situação se preserva independente de as partes serem concorrentes ou não, ou de serem verticalmente relacionadas ou não. A cooperação que existe nos contratos de permuta em sentido amplo -- cooperação que existe em qualquer contrato -- é sempre no sentido de adimplemento das obrigações e, por conseguinte, liberação do devedor, que apenas pode exigir da outra parte as contraprestações respectivas.

18. Essa situação é diametralmente oposta ao que ocorre nos contratos associativos. Nestes, o *propósito* da relação é estabelecer uma finalidade comum entre as partes, que será perseguida em conjunto, seja via uma atividade em comum, seja pela realização de um empreendimento conjunto. O cumprimento das obrigações de cada polo contratual passa a ser, na verdade, um *pressuposto* para que se possa *começar* a perseguir o propósito do contrato (finalidade comum). Nos contratos associativos, a cooperação apenas se inicia com o adimplemento do contrato; e é justamente pela necessidade de alinhamento entre as partes e de conjugação de esforços comuns que esses negócios ganham certa permanência e estabilidade a justificar o seu controle em sede de concentrações.

19. Por esse motivo, sugere-se a completa reformulação da redação proposta para o art. 2º da Resolução CADE 8/2014. O texto normativo deve respeitar a distinção fundamental entre *contrato associativo* como contraposto aos *contratos de permuta em sentido amplo*, e definir as hipóteses contempladas no art. 90-IV pela característica de perseguição em conjunto de uma finalidade comum. Importante frisar: a Lei 12.529/11 expressamente usou o termo *contrato associativo* -- que tem significado próprio no direito privado -- e o alocou consistentemente a esse significado próprio

em inciso que contempla outras hipóteses com a mesma característica: a *perseguição em conjunto de uma finalidade comum*.

“Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato *em que as partes estabelecem uma finalidade comum, a ser perseguida conjuntamente e com o compartilhamento dos resultados diretamente auferidos por meio da atividade conjunta em direção ao fim comum.* celebrado:

~~I — entre concorrentes; ou~~

~~II — entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:~~

~~a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;~~

~~b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.~~

~~Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.”~~

20. Essa postura mais restritiva parece ter sido uma opção consciente da Lei 12.529/11. Ao usar uma *redação muito mais restritiva* quanto às hipóteses de controle de concentrações quando comparada à anterior Lei 8.884/94, especialmente no que se refere às operações não clássicas de concentração de empresa. Basta, para isso, opor a leitura do revogado art. 54, *caput*, da Lei 8.884/94 -- que falava de maneira ampla em “atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes” -- ao texto dos atualmente vigentes art. 88 e 90 da Lei 12.529/11 -- que focam o controle apenas nos negócios de concentração econômica clássicos, além das hipóteses de *joint venture*, consórcio e contrato associativo (que também são normalmente avaliadas em outras jurisdições).

21. Contratos verticais que porventura estabeleçam restrições anticoncorrenciais (por meio de cláusulas de exclusividade ou de qualquer outra espécie) devem ser analisados em sede de controle de condutas (*cf.* art. 36-I/II/III/IV da Lei 12.529/11). O mesmo se diga de relações não associativas entre empresas concorrentes, que se passarem a atuar em conjunto ou de forma coordenada no mercado, terão violado as disposições comportamentais da Lei 12.529/11 (*cf.* art. 36-I/II).

22. Notificar qualquer contrato entre grupos concorrentes, ou contratos verticais com grupos dominantes que contenham exclusividade ou outras cláusulas contratuais indicadas de forma *ad hoc* pelo CADE não parece consistente com o texto legal. Além disso, criam-se sérias dúvidas, especialmente em relações verticais: ativos fixos e insumos genéricos (energia elétrica, água, combustível etc..) são, em um certo sentido, verticalmente relacionados a uma série de mercados; um contrato para fornecimento de energia elétrica (ou para fornecimento de material de escritório, ou ainda para aquisição de ativo fixo) teria que ser notificado ao CADE, caso seja exclusivo e uma das partes tenha 20% de participação de mercado?

23. Mas caso esta abordagem do CADE efetivamente seja mantida -- o que parece incorreto --, é fundamental restringir as relações verticais e horizontais pertinentes àquelas que são *objeto do contrato*, bem como limitar as hipóteses de notificação apenas aos contratos em que as *partes sejam concorrentes em algum dos mercados afetados*. Nesse sentido, deve-se considerar não se os grupos envolvidos concorrem entre si, mas se (i) os grupos envolvidos concorrem entre si *no mercado objeto do contrato*, ou se, por outro lado, (ii) os grupos envolvidos são verticalmente relacionados *ao mercado objeto do contrato* e, portanto, concorrem entre si na atividade *upstream* e/ou *downstream*.

24. Além disso, parece importante (i) consignar que apenas os produtos integrantes da própria cadeia produtiva (insumos típicos para a etapa subsequente) devem ser considerados como verticalmente relacionados; e (ii) estabelecer critérios de participação de mercado mínimos, que se aplicam tanto às relações horizontais quanto às relações verticais a serem notificadas.

“Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei no. 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado *entre concorrentes que, cumulativamente:*

~~I – entre concorrentes; ou~~

~~II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:~~

~~a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;~~

~~b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.~~

~~I – tenha por objeto mercado no qual as partes sejam concorrentes, ou envolva relação vertical com mercado em que as partes sejam concorrentes;~~

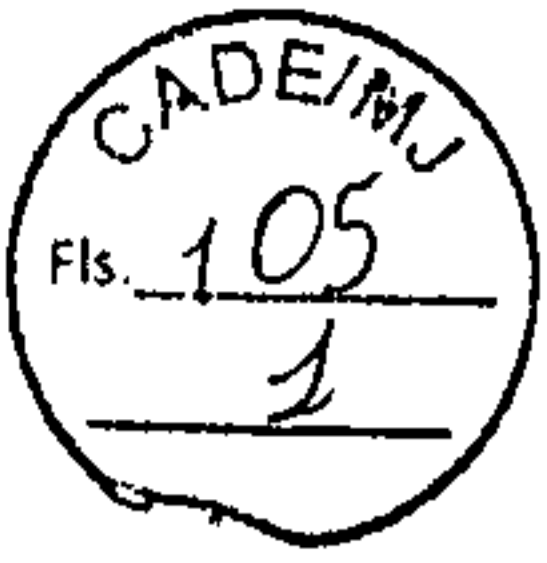
~~II – estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;~~

~~II – do qual decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática; e~~

~~IV – pelo menos uma das partes detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante.~~

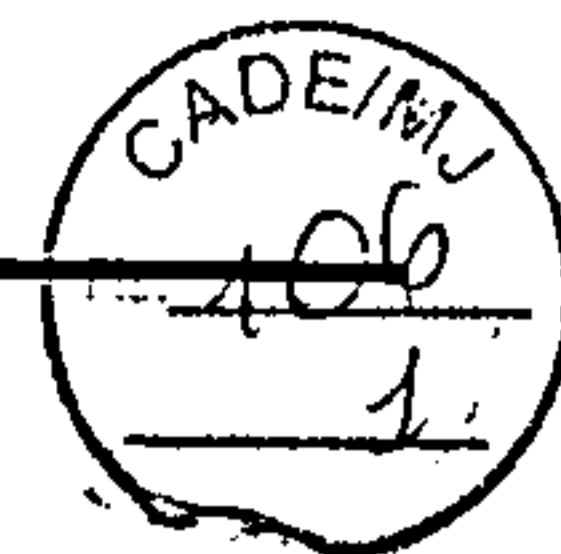
Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações ~~nos incisos desse~~ neste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, *desde que tais atividades estejam também contempladas no objeto do contrato celebrado. No caso de relações verticais, devem ser consideradas como verticalmente relacionados apenas os mercados diretamente relacionados em que um seja insumo para o elo subsequente de uma mesma cadeia produtiva.*”

* * *



DVWA

Luiza Kharmandayan



De: Ricardo Inglez de Souza [rsouza@dvwca.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 22:42
Para: Consulta 022014
Assunto: Contribuição para consulta 2/2014
Anexos: DVWCA_Comentários à Consulta 02_2014_CADE.pdf

Prioridade: Alta

Prezados,

Segue, anexa, contribuição para a consulta 02/2014.

Atenciosamente,

Ricardo Inglez de Souza

De Vivo, Whitaker e Castro Advogados

Rua Leopoldo Couto de Magalhães Jr., 758 – 10º andar
São Paulo – SP – Brasil – 04542-000

Direto/Direct: + 55 (11) 3048-3212
Celular/Mobile: + 55 (11) 97191-4085
Central/Main: + 55 (11) 3048-3266
Fax: + 55 (11) 3048-3277

rsouza@dvwca.com.br
www.dvwca.com.br

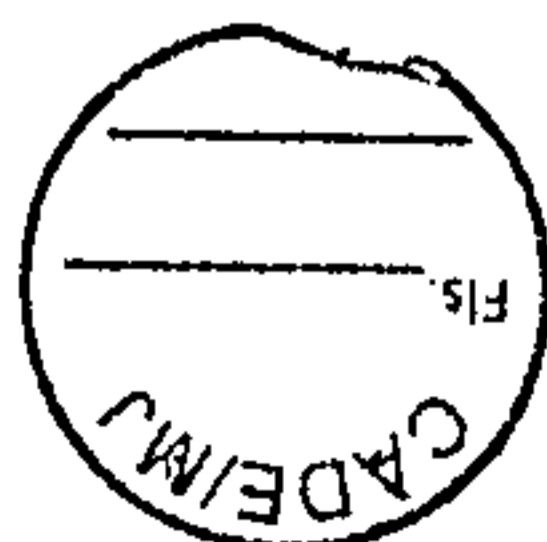


**Apontado pelas empresas como um dos escritórios mais admirados do Brasil, sendo destaque do Anuário de 2011, 2012 e 2013 nas áreas de Direito Contratual, Comercial, Cível, Consumidor, Tributário e Automotivo, segundo "Análise Advocacia 500" e do Anuário de 2013 nas áreas de Direito Concorrencial, Contencioso Cível, Direito Trabalhista e Direito Tributário, segundo "The Legal 500 - Latin America".*

**Nominated by companies as one of the most admired law firms in 2011, 2012 and 2013 on the "Análise Advocacia 500" Yearbook, Law, Commercial and Civil Law, Consumer, tax and Automotive, 500 - Latin America" 2013 Yearbook, in the areas of Competition, Civil Litigation, Labour and employment and Tax.*

Esta mensagem pode conter informação confidencial e/ou privilegiada. Se você não for o destinatário ou a pessoa autorizada a receber esta mensagem, não pode usar, copiar ou divulgar as informações nela contidas ou tomar qualquer ação baseada nessas informações. Se você recebeu esta mensagem por engano, por favor avise imediatamente o remetente, respondendo o e-mail e em seguida apague-o.

This message may contain confidential and/or privileged information. If you are not the addressee or authorized to receive this for the addressee, you should not disseminate, distribute or copy this e-mail. Please notify the sender immediately by e-mail if you have received this e-mail by error. If you are not the named addressee you should not disseminate, distribute or copy this e-mail. Please notify the sender immediately by e-mail if you have received this e-mail by error. Please delete this e-mail if you are not the named addressee. If you are not the named addressee you should not disseminate, distribute or copy this e-mail. Please notify the sender immediately by e-mail if you have received this e-mail by error.



São Paulo, 22 de abril de 2014.



Ao

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Att.: Dr. Vinicius Marques de Carvalho

E-mail: consulta022014@cade.gov.br

Ref.: Consulta Pública nº 02/2014

Prezado Dr. Vinicius,

Primeiramente, gostaríamos de agradecer a oportunidade de podermos submeter comentários sobre a Consulta Pública em referência, que visa aperfeiçoar a legislação brasileira de defesa da concorrência, no que tange a questões envolvendo o procedimento de avocação de operações pelo Tribunal do CADE, previsto no seu Regimento Interno.

A seguir, veja nossos comentários para a resolução proposta:

1) Artigo 109 – Das Transações na Bolsa de Valores

Congratulamos a adoção expressa das mesmas regras aplicadas para as ofertas públicas iniciais com relação a outras operações realizadas através da bolsa de valores. Isto irá proporcionar maior segurança jurídica na aplicação das regras de controle de concentrações no Brasil.

2) Artigos 122 e 131 – Da Avocação de Processos

Entendemos que o texto tal qual proposto pode levar a uma contradição entre a Lei 12.529/2011 e a proposta em análise. Isto porque a lei de defesa da concorrência prevê que o Tribunal decidirá quando avocar ou não um processo, enquanto que o regulamento parece delegar tal competência a qualquer um dos Conselheiros, que o fará por meio de decisão monocrática.

Em face do exposto, recomendamos um ajuste na redação das disposições sugeridas relativas ao artigo 122 a fim de evitar qualquer questionamento futuro, conforme segue:

“Art. 122

§2º A provocação da avocação se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que a fundamentam.

§3º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação e sempre dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

DVWCA

DEVIVO | WHITAKER | CASTRO | ADVOGADOS

§4º O Tribunal ao proferir, após proferir decisão de avocação, cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.”

Esperamos que esses comentários sejam úteis para tornar os critérios de avocação mais transparentes, trazendo maior segurança jurídica à legislação de defesa da concorrência.

Por fim, reiteramos nossos agradecimentos pela oportunidade de nos manifestar sobre essa Consulta Pública.

Atenciosamente,

DE VIVO, WHITAKER E CASTRO ADVOGADOS

Ricardo Inglez de Souza



ABA

Luiza Kharmandayan

CADE/MJ
Fls. 109
1

De: Paulo Burnier da Silveira
Enviado em: segunda-feira, 28 de abril de 2014 19:32
Para: Eduardo Frade Rodrigues; Luiza Kharmandayan
Assunto: ENC: Comments to CADE - Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation
Anexos: Cover Ltr - SAL SIL Comments to CADE 4 17 2014.pdf; Comments - SAL SIL Brazil Comments CADE - FINAL Portuguese 4 17 14.pdf; Comments - SAL SIL Brazil comments CADE - FINAL English 4 17 14.pdf

FYI

De: Travis, Joanne [<mailto:Joanne.Travis@americanbar.org>]
Enviada em: quinta-feira, 17 de abril de 2014 19:52
Para: Vinicius Marques de Carvalho; Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Cc: chris.hockett@davispolk.com; gbuckley@vedderprice.com; Feller, Howard; RHenry@mofo.com; Garza, Deborah; Paulo Burnier da Silveira; Brady, Alpha; Susman, Thomas; Frisby, R. Larson; Pena, Jill; Cybulski, Alisha; Pfautz, Leanne; Morgan, Deborah; Wiley, Julian-Robert
Assunto: Comments to CADE - Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation

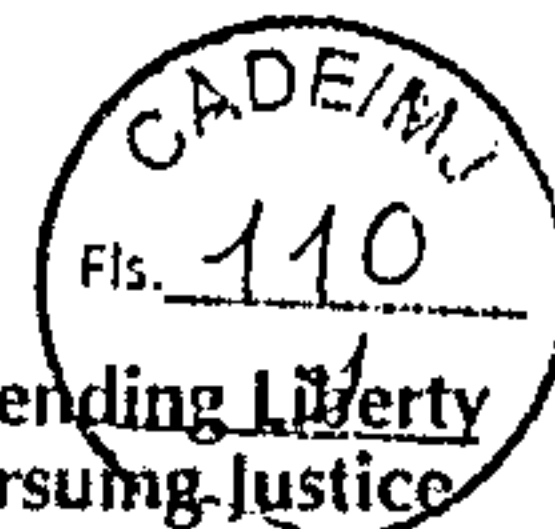
Dear Messrs. Carvalho and Ragazzo:

On behalf of the American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law, I am pleased to submit the attached comments to CADE (in Portuguese and English) regarding its Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation.

We appreciate the opportunity to provide comments. If you have any questions, please let us know.

Joanne Travis
Director, Section of Antitrust Law
American Bar Association
321 N. Clark Street
Chicago, IL 60654

T: 312/988-5575
F: 312/988-5637
C: 312/401-1765
joanne.travis@americanbar.org
www.americanbar.org



Defending Liberty Pursuing Justice

AMERICAN BAR ASSOCIATION

Section of Antitrust Law

321 North Clark Street

Chicago, IL 60654-7598

(312) 988-5550

FAX: (312) 988-5637

E-mail: antitrust@americanbar.org

www.Ambar.org/antitrust

ASSOCIATION YEAR
2013 - 2014

CHAIR
Christopher B. Hockett
1600 El Camino Real
Menlo Park, CA 94025-4121

CHAIR ELECT
Howard Folmer
901 East City Street
Richmond, VA 23219-4063

VICE CHAIR
Rosann E. Henry
2000 Pennsylvania Avenue, NW
Washington, DC 20006-1831

COMMITTEE OFFICER
Jonathan M. Jacobson
New York, NY

CONSUMER PROTECTION
OFFICER
Pamela Jones Harbour
Washington, DC

FINANCE OFFICER
Gary P. Zandagna
Morristown, NJ

IMMEDIATE PAST CHAIR
Theodore Youheus, Jr.
Washington, DC

INTERNATIONAL OFFICER
Deborah A. Garza
Washington, DC

PROGRAM OFFICER
William C. MacLeod
Washington, DC

PUBLICATIONS OFFICER
Mark S. Popofsky
Washington, DC

SECRETARY AND
COMMUNICATIONS OFFICER
Brian K. Henry
Atlanta, GA

SECTION DELEGATES
Bernard A. Nigro, Jr.
Washington, DC

Douglas C. Ross
Seattle, Washington

COUNCIL MEMBERS
Edward D. Carvagh
Queens, NY

Steven J. Cornak
Ann Arbor, MI

I. Anthony Chavez
Baytown, TX

Parker C. Folse, III
Seattle, WA

Paul H. Friedman
Washington, DC

Jonathan I. Gicklen
Washington, DC

Carl E. Levine
Arlington, VA

James W. Lowe
Washington, DC

Lynda K. Marshall
Arlington, VA

M. Howard Morse
Washington, DC

Kevin J. O'Connor
Madison, WI

Melanie Saha
Washington, DC

Fiona A. Schaeffer
New York, NY

Seth C. Silver
Washington, DC

Thomas F. Zych, Sr.
Cleveland, OH

NON-U.S. LAWYER
REPRESENTATIVE
Amadeu C. Ribeiro
Rio De Janeiro, RJ

NON-LAWYER
REPRESENTATIVE
Richard J. Gilbert
Oakland, CA

DOJ REPRESENTATIVE
William J. Baer
Washington, DC

FTC REPRESENTATIVE
Edith Ramirez
Washington, DC

JUDICIAL REPRESENTATIVE
Susan Y. Hinton
San Francisco, CA

STATE ATTORNEYS
GENERAL REPRESENTATIVE
Kathleen Forte
San Francisco, CA

BOARD OF GOVERNORS
REPRESENTATIVE
Jimmy Goodman
Oklahoma City, OK

YOUNG LAWYERS
DIVISION REPRESENTATIVE
Katherine P. Wallace
Los Angeles, CA

SECTION DIRECTOR
Joanne Travis
Chicago, IL

April 17, 2014

Via E-mail:

vinicius.carvalho@cade.gov.br

Carlos.ragazzo@cade.gov.br

Vinicius Marques de Carvalho, Chairman
Carlos Ragazzo, Superintendent
Conselho Administrativo de Defesa Economica (CADE)
SCN Quadra 2 - Projeção C
Brasilia DF-CEP 70712-902

RE: Comments on the Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation

Dear Messrs. Carvalho and Ragazzo:

On behalf of the American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law, we are pleased to submit the attached comments (in Portuguese and English) to the Administrative Council of Economic Defense (CADE) regarding its Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation.

Please note that these views are being presented only on behalf of the Sections of Antitrust Law and International Law. They have not been approved by the House of Delegates or the Board of Governors of the American Bar Association and should not be construed as representing the policy of the American Bar Association.

If you have any questions after reviewing this report, we would be happy to provide further comments.

Sincerely,

Christopher B. Hockett
Chair, Section of Antitrust Law

Gabrielle M. Buckley
Chair, Section of International Law

Cc: Paulo Burnier di Silveira,
International Advisor

Attachment

COMENTÁRIOS CONJUNTOS DA SEÇÃO DE DIREITO ANTITRUSTE E DA
SEÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA AMERICAN BAR
ASSOCIATION SOBRE AS CONSULTAS PÚBLICAS DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA SOBRE AS PROPOSTAS DE
EMENDAS À REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES
NO BRASIL



[17] de Abril de 2014

As opiniões expressadas neste documento estão sendo submetidas conjuntamente em nome da Seção de Direito Antitruste e da Seção de Direito Internacional da American Bar Association. Tais opiniões não foram aprovadas pelo Conselho de Delegados ou pela Junta Diretora da American Bar Association e, portanto, não devem ser interpretadas como representativas da política adotada pela American Bar Association.

As Seções de Direito Antitruste e Direito Internacional (juntas, as “Seções”) da American Bar Association (“ABA”) têm a honra de apresentar seus comentários às propostas do CADE de emendas à regulamentação do controle de concentrações brasileiro realizado, publicadas em 19 de fevereiro de 2014 (“Consultas”) ¹. Os comentários da Seções refletem a experiência e o conhecimento de seus membros sobre Direito da Concorrência em diversas jurisdições no mundo inteiro, incluindo os Estados Unidos da América e o Brasil.

As Seções reconhecem e valorizam o contínuo empenho do CADE em revisar, refinar e aperfeiçoar o sistema brasileiro de controle de concentrações, e elogiam o CADE por fornecer orientações adicionais e maior transparência sobre as regras de controle de concentrações no Brasil. Agradecemos, portanto, a oportunidade de apresentar nossos comentários sobre essas relevantes alterações propostas e esperamos que eles possam ser úteis ao CADE na finalização das referidas emendas.

As Seções apreciam os esforços substanciais empreendidos pelo CADE, refletidos nos documentos das Consultas, e também elogiam disposição deste Conselho para reabrir o diálogo sobre pontos complexos das atuais regras. Muitas das alterações propostas melhoram as regras do controle de concentrações brasileiro e reduzem custos tanto para a autoridade como para os administrados. Tais alterações incluem: hipóteses adicionais de isenção de notificação de aquisição de participações societárias

1 Vide Consulta Pública nº 1/2014, disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?5ed120e93bd027ec390656e94408>, Consulta Pública nº 2/ 2014, disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?5ed120e93bd027ec390656e94409>, e Consulta Pública nº 3/2014, disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?5ed120e93bd027ec390656e9440a>.

minoritárias; inclusão de hipóteses de aplicação do rito sumário; e a permissão para fechamento de operações em bolsa antes da obtenção de aprovação, desde que o comprador não exerça o direito de voto até a decisão final do CADE. As Seções igualmente recebem muito bem os esforços do CADE em garantir maior clareza e transparência nos procedimentos de avocação do CADE, por meio do qual o Tribunal pode solicitar a revisão de um Ato de Concentração aprovado pelo Superintendente-Geral.

Os comentários das Seções abaixo endereçam quatro áreas para uma análise mais aprofundada. Primeiro, reconhecemos o esforço do CADE em desenvolver uma definição para “Contrato Associativo”, tema sobre o qual as Seções e outros interessados já apresentaram comentários em oportunidades anteriores. Fazemos sugestões adicionais com o objetivo de demonstrar que a definição proposta sujeitará ao controle de concentrações brasileiro muitos contratos colaborativos, que são comumente analisados em outras jurisdições internacionais por regras do Direito da Concorrência não relacionadas ao controle de concentrações.

Segundo, recomendamos a eliminação da proposta de imposição de notificação de operações envolvendo a aquisição de debêntures conversíveis em ações, ou, alternativamente, a limitação da proposta àquelas operações que resultem em uma alteração no controle antes da conversão das debêntures em ações.

Terceiro, nossos comentários tratam da proposta do CADE de definição de grupo econômico em operações envolvendo fundos de investimentos para fins de cálculo de faturamento, e das informações solicitadas a respeito de tais fundos na notificação para a análise das operações. Recomendamos a diminuição do escopo de ambas a definição e as informações solicitadas.

Por fim, reconhecendo o interesse contínuo do CADE em avaliar a efetividade e a eficiência da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, sugerimos que também seja endereçada nas alterações à regulamentação a aplicação dos critérios de notificação sobre o faturamento da empresa-objeto, ao invés de todo o grupo vendedor envolvido.

1. A DEFINIÇÃO DE CONTRATO ASSOCIATIVO

Em oportunidade anterior, as Seções já manifestaram preocupações relacionadas ao conceito excessivamente amplo de “Contratos Associativos” na – então nova – Lei brasileira de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2011². Naqueles comentários, as Seções recomendaram que o CADE excluísse do escopo de sua análise

² Vide: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_brazilian_201204.authcheckdam.pdf (comentários sobre o escopo do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, em resposta à Consulta Pública de 2012 do CADE).

operações relacionadas a consórcios e/ou contratos associativos (tais como contratos fornecimento e distribuição, mesmo quando estabelecessem relação de exclusividade), meros acordos cooperativos, em oposição a *joint ventures*, que possuem uma presença autônoma e independente no mercado. Naquela oportunidade, as Seções explicaram que:

A redação do artigo 90, como atualmente se apresenta, é bastante aberta e poderia levar a uma significativa expansão do conceito de concentração para transações que são meros acordos de cooperação sem envolver qualquer mudança no controle de uma companhia e/ou de um negócio. Tais acordos de cooperação não são concentrações de notificação obrigatória nos Estados Unidos da América, na União Europeia ou em outras jurisdições das 10 melhores economias do mundo. Esses acordos ainda podem, obviamente, serem revisados sob as regras de legislação antitruste³.

As Seções elogiam o CADE pela análise e revisão dessa questão e reconhecem os atuais esforços para apresentar uma definição de “Contratos Associativos” sob a égide do artigo 90, IV da Lei nº 12.529/2011. Todavia, acreditam que a definição proposta continua excessivamente ampla, especialmente à luz da prática internacional. Além disso, ao explicitamente definir como “qualquer contrato celebrado entre concorrentes”, a proposta parece levar a uma expansão do conceito de “Contratos Associativos” em vista dos atuais precedentes do CADE. A redação proposta provavelmente abarcaria outros tipos de contratos colaborativos que não levam à mudança de controle de uma empresa ou de ativos. Com efeito, no entendimento das Seções, o controle de concentrações não seria o meio mais adequado para a análise de contratos colaborativos, sendo melhor analisados sob a perspectiva da legislação de defesa da concorrência de forma mais genérica.

Conforme observado em nossos comentários anteriores, tais contratos não são considerados de notificação obrigatória nos Estados Unidos da América, na União Europeia ou nas 10 maiores economias do mundo. De fato, nenhuma das 26 jurisdições que apresentaram declarações escritas à recente Mesa Redonda (*Roundtable*) do Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) sobre a “Definição de Operação para fins de Controle de Concentrações” (“*Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*”) relatou a necessidade de notificação de contratos colaborativos similares àqueles incluídos na proposta de definição do CADE para “Contratos Associativos”⁴. Adicionalmente, estudos elaborados pela *International Competition Network* (“ICN”) e pela OCDE sobre a definição de “Ato de Concentração” têm como ponto de partida o argumento de que o

³ Idem, página 4

⁴ Vide: OCDE, Mesa Redonda sobre a “Definição de Operação para fins de Controle de Concentrações” realizada pelo Comitê de (Grupo de Trabalho nº 3 sobre Cooperação e *Enforcement*) em Junho de 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf> (doravante “Relatório OCDE”).

controle de concentrações diz respeito unicamente a operações que resultem em uma associação duradoura de entidades ou ativos anteriormente independentes, seja através da aquisição de ações ou ativos, ou através da criação de certos tipos de *joint ventures*.

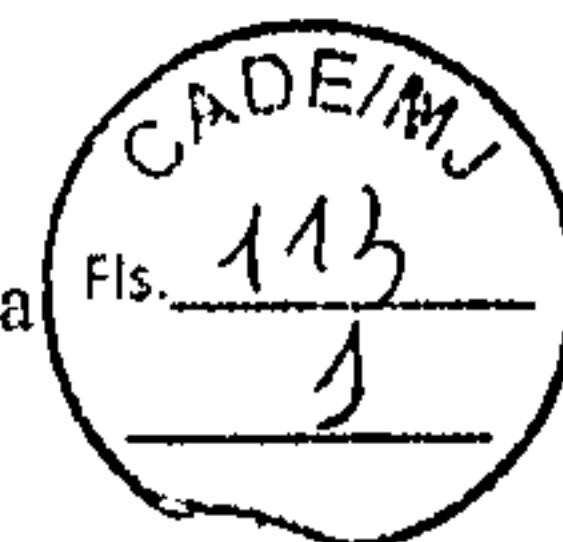
Por exemplo, o Relatório da ICN sobre a “Definição de ‘Atos de Concentração’ para fins do controle de concentrações” dispõe que “de uma forma geral, leis e regulamentações sobre o controle de concentrações são voltadas a operações comerciais nas quais duas ou mais empresas previamente independentes são combinadas de alguma forma que envolva uma mudança duradoura na estrutura ou na propriedade de uma ou mais das empresas em questão”⁵. O Relatório da ICN vai além ao afirmar que “o nível de integração econômica entre as partes e a duração da associação [...] são frequentemente utilizados para distinguir operações que se qualificam como atos de concentração de meros arranjos colaborativos, normalmente analisados sob normas do Direito da Concorrência primordialmente voltadas a acordos anticompetitivos entre empresas independentes.”⁶

No que se refere a *joint ventures*, os relatórios da OCDE e da ICN identificaram três características pelas quais se poderia distinguir *joint ventures* (que se qualificam como Atos de Concentração) de contratos colaborativos (que devem ser analisados pelas regras gerais do Direito da Concorrência): (i) a integração econômica das atividades comerciais das partes; (ii) a eliminação de concorrência entre as partes no ramo de atividades das *joint ventures*⁷; e (iii) a relativa duração e permanência das atividades comerciais conjuntas. O *paper* do Secretariado do Comitê de Concorrência da OCDE observa que “quando duas ou mais partes constituem e controlam uma *joint venture* que envolve uma autêntica integração de ativos de forma relativamente permanente e acaba com a concorrência entre suas empresas-mãe no ramo de negócios

⁵ “[a]s a general matter, merger review statutes and regulations are directed at business transactions in which two or more previously independent economic undertakings are combined in some fashion that involves a lasting change in the structure or ownership of one or more of the undertakings concerned.”. Vide: ICN, Relatório sobre a “Definição de ‘Atos de Concentração’ para fins do controle de concentrações”, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf> (doravante “Relatório ICN”), página 1. De forma semelhante, o Relatório OCDE estabelece que a definição de “Ato de Concentração” busca identificar operações que se adequem ao controle de concentração. Essa adequação relaciona-se ao fato de que o controle de concentração é um processo pontual para determinar se uma combinação durável de ativos anteriormente independentes é capaz de alterar substancialmente os incentivos de como os ativos são utilizados no processo competitivo, o que, por sua vez, poderia levar a resultados conflitantes com os objetivos das políticas públicas de defesa da concorrência. [“Suitability” is related to the fact that merger review is a one-off review process to determine whether a more durable combination of previously independent assets is likely to materially change incentives as to how the assets are used in the competitive process, which in turn could lead to results that conflict with the policy goals of a competition law regime.”; Relatório OCDE, página 5.

⁶ “[t]he degree of economic integration between the parties and the duration of the relationship [...] are often utilized to distinguish qualifying ‘merger’ transactions from mere collaborative arrangements, which are normally reviewed under competition laws that are primarily directed at anticompetitive agreements between independent undertakings.”. Relatório ICN, páginas 1 a 2.

⁷ Idem, página 5.



da *joint venture*, quase invariavelmente a criação dessa *joint venture* será considerada um ato de concentração”.⁸

Com base em uma análise das práticas internacionais, verifica-se que tanto os estudos da ICN quanto da OCDE reconhecem que, muito embora não haja uma definição comumente aceitável de “Ato de Concentração”, as jurisdições analisadas adotam o controle de concentrações – em oposição a normas gerais de Direito da Concorrência – para garantir que alterações duradouras na propriedade ou combinações de ativos anteriormente independentes, que possam impactar a estrutura do mercado, sejam analisadas de forma eficiente e eficaz.

Ambos os estudos reconhecem que há custos e benefícios em relação à amplitude de qualquer definição a ser adotada. Em particular, nas considerações finais do seu Relatório, a ICN afirmou que “se a classificação de operações potencialmente sujeitas ao controle de concentrações for definida de forma muito ampla, como resultado poderia haveria a inclusão de diversos tipos de alteração na estrutura de controle que dificilmente teriam impactos materiais na concorrência, gerando, assim, um grande ônus aos negócios e à utilização de recursos destinados à aplicação da lei, além do que seria justificável.”⁹

Considerando a relevância da prática internacional, aliada aos custos relacionados a essa ampla definição de “Contratos Associativos”, as Seções respeitosamente recomendam que o CADE:

- revise a proposta de definição de “Contrato Associativo”, de forma a limitá-los à contratos que resultem em alteração duradoura na propriedade ou na união duradoura de ativos anteriormente independentes que possam afetar a estrutura do mercado;

ou, alternativamente,

- postergue a adoção de uma definição de “Contrato Associativo” até o momento em que, com base no desenvolvimento futuro de seus precedentes, a autoridade esteja em melhores condições de analisar essa importante questão.

⁸ “[w]hen two or more parties form and control a joint venture that involves a genuine integration of assets with a certain permanence and ends competition among the parents in the field of the joint venture, almost invariably the creation of the joint venture will be considered a merger transaction”. Relatório OCDE, página 30.

⁹ “[i]f the category of transactions that potentially qualify for notification as ‘mergers’ is defined too broadly, the result may be to capture many types of ownership changes that are unlikely to have a material impact on competition, thus placing a greater burden on business and law enforcement resources than would seem justified”. Relatório ICN, página 6.

2. A NOTIFICAÇÃO DE DEBÊNTURES CONVERSÍVEIS EM AÇÕES

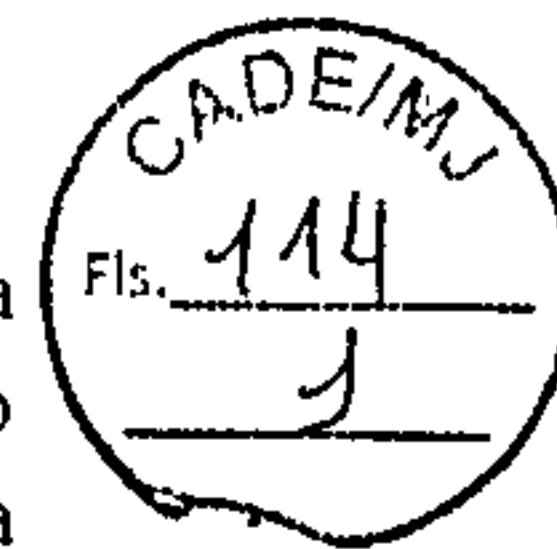
Por razões semelhantes àquelas apresentadas no item 1 acima, as Seções têm preocupações com relação à amplitude da proposta do CADE sobre a imposição de notificação prévia de aquisições de debêntures conversíveis em ações que – se e quando convertidas em ações – resultariam em (i) aquisição de controle, (ii) aquisição de pelo menos 20% do capital social total ou votante da companhia investida (se as partes não forem concorrentes), ou (iii) a aquisição de pelo menos 5% do capital social total ou votante, se as partes forem concorrentes ou desenvolverem atividades em mercados verticalmente relacionados.

O principal objetivo da maioria das operações de debêntures conversíveis em ações é a concessão de empréstimo pelo credor à companhia emissora de debêntures. Em contrapartida, como forma de pagamento do empréstimo, o credor recebe a opção ou o direito de receber ações ao invés de dinheiro. Esse mecanismo serve normalmente mais como garantia ao credor do que representa uma intenção do credor de receber ações do devedor. Além disso, a menos e até que as debêntures sejam convertidas em ações, o credor não será um acionista e, em condições normais, não adquirirá direito de voto ou quaisquer outros direitos que lhe garantam o controle ou o exercício de influência sobre a administração da companhia. Ainda, em diversas circunstâncias, o número de ações que podem ser adquiridas por meio da conversão varia a depender do preço de mercado ou do valor das ações da companhia. Por essa razão, o percentual exato de participação que pode ser adquirido em conversão futura é frequentemente impreciso quando da aquisição das debêntures.

As Seções reconhecem que, com a proposta, o CADE tenha como objetivo tratar de aquisições de debêntures conversíveis em ações, em que o credor poderia, possivelmente, adquirir direitos concorrencialmente significativos de gerir ou controlar as relações de uma empresa; exercer influência significativa sobre suas decisões comerciais estratégicas; ou ter acesso a informações concorrencialmente sensivelmente à época da aquisição. Todavia, tais situações são bastante raras; na maior parte das operações envolvendo debêntures, o credor se mantém neutro em relação à condução diária dos negócios do devedor. Portanto, a proposta do CADE em impor a notificação de aquisições de debêntures conversíveis em ações, simplesmente porque elas *podem* resultar na aquisição de tais direitos *no futuro*, pode levar à notificação de operações que não possuam relevância concorrencial imediata ou a longo prazo.

Ainda, a abordagem proposta pelo CADE é contrária àquela utilizada nos Estados Unidos, na União Europeia e em outras importantes jurisdições ao redor do mundo¹⁰. Além disso, a proposta também levanta questões de ordem prática, pois o

¹⁰ Apesar de a aquisição de debêntures conversíveis em ações ordinárias, bem como a aquisição de outros valores mobiliários conversíveis em voto (por exemplo, opções ou warrants), serem consideradas



preço das debêntures pode variar ao longo do tempo, impossibilitando às empresas a determinação precisa de se a conversão das debêntures em ações resultaria na aquisição de controle, de pelo menos 20% (em caso de não concorrentes), ou 5% da empresa objeto (em casos de concorrentes).

Recomendações

Pelas razões acima expostas, as Seções recomendam que o CADE elimine a exigência tal como está redigida. As Seções entendem que será mais adequado e também uma melhor utilização dos recursos do CADE, que tais operações sejam analisadas *se e quando* o credor decidir converter as debêntures em ações.

Alternativamente, caso o CADE entenda necessário impor a notificação de aquisições de debêntures conversíveis em ações, as Seções recomendam que o CADE modifique a proposta de forma a limitar a exigência de notificação prévia para aquisições de debêntures conversíveis que, por si só, resultem na aquisição, pelo credor e antes da conversão, de direitos significativos de controle ou direito de exercer influência significativa sobre a gestão ou sobre os negócios da empresa. Por exemplo, o CADE poderia limitar as notificações àquelas operações em que o adquirente – por meio da aquisição de debêntures conversíveis em ações e antes da sua efetiva conversão – obtenha direito de indicar a maioria dos membros do Conselho de Administração, o direito sobre mais da metade dos lucros da companhia, ou o direito legal de gerir seus negócios.

Haveria também outras opções que o CADE poderia implementar, que seriam mais restritivas do que a atual proposta e que imporiam um menor número de notificações de operações concorrencialmente insignificantes. Por exemplo, o CADE poderia limitar a exigência de notificação às aquisições de debêntures conversíveis em ações que resultem em uma mudança imediata no controle da empresa (*i.e.*, antes da conversão das debêntures em ações) por meio de ações reconhecidas em outras jurisdições (incluindo a União Europeia), como a garantia do direito de veto sobre decisões comerciais estratégicas (*e.g.*, direitos de veto sobre o orçamento anual ou sobre o planejamento estratégico). Ou, ainda, o CADE poderia limitar as notificações a operações em que o debenturista obtenha um direito imediato de exercer ao menos 20%

aquisições de “títulos com garantia de voto” sob o HSR, estes estão isentos da exigência de notificação, desde que os valores mobiliários conversíveis em voto não tenham à época direito de voto. *Veja* 16 C.F.R. § 803.21, § 801.1(f). De acordo com a Comunicação Jurisdicional da União Europeia, “uma opção para aquisição ou conversão de ações não pode em si mesma conferir controle exclusivo a não ser que a opção seja exercida em futuro próximo de acordo com acordos juridicamente vinculativos / contratos.” Comunicação da Comissão de Competência Consolidada ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 relativo ao controle das concentrações de empresas
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>
na p. 60. No entanto, em circunstâncias excepcionais, uma opção, juntamente com outros elementos, pode-se chegar a conclusão de que há aquisição do controle exclusivo de fato que está sujeito aos requisitos de notificação da EU. *Veja Id.*

(para não concorrentes) ou 5% (para concorrentes) dos direitos de voto nas decisões da companhia que requeiram um voto do acionista ou do conselho de administração.

Em resumo, na opinião das Seções, seria mais efetivo e menos custoso tanto para o CADE quanto para as empresas em geral se a obrigação de notificar a aquisição de debêntures conversíveis em ações fosse limitada às situações em que (i) após a conversão de tais debêntures a operação se enquadre nos requisitos do artigo 9º I e II da atual redação da Resolução nº 2/2012 e (ii) a aquisição de debêntures conversíveis em ações garantisse, por si própria, o direito aos investidores tanto de controle ou influência significativa nos negócios da companhia investida ou, ao menos, os mesmo direitos que o credor adquiriria mediante a conversão real das debêntures em ações.

Por fim, caso o CADE decida pela necessidade de notificação de debêntures conversíveis em ações, as Seções acreditam que as partes não deveriam ser obrigadas a submeter nova notificação no momento da conversão das debêntures em ações. Espera-se que quaisquer preocupações do CADE relacionadas aos efeitos concorrenciais de tais operações possam ser abordadas quando da primeira notificação. Requerer, portanto, às partes que submetam uma segunda notificação quando da conversão implicaria ônus desnecessário e indevido às partes das operações, podendo resultar em potenciais efeitos inibidores de operações debêntures conversíveis em ações.

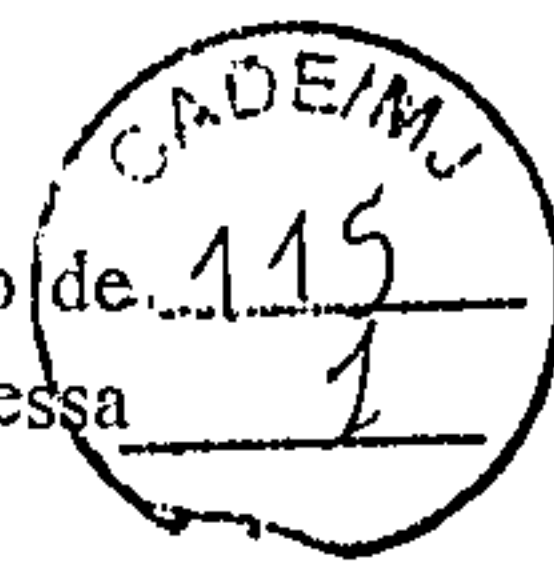
3. A DEFINIÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO EM OPERAÇÕES ENVOLVENDO FUNDOS DE INVESTIMENTOS

Muito embora a grande maioria das operações envolvendo fundos de investimentos não levante questões concorrenciais relevantes, as Seções reconhecem que tais questões podem surgir em casos nos quais fundos de investimento adquirem participações societárias em empresas concorrentes (ou verticalmente relacionadas) que são detidas ou controladas (inteiramente ou em parte) por outro fundo controlado pelo mesmo gestor. O Brasil possui interesse legítimo em assegurar que as operações que dão ensejo a tais potenciais preocupações concorrenciais estejam sujeitas à aprovação prévia, uma vez que isso garante ao CADE tempo para rever a operação e, se necessário, contestar, restringir ou proibir antes que seja consumada.

Ao mesmo tempo, a ICN recomenda que os critérios de notificação de atos de concentração, bem como as informações exigidas no formulário de notificação, (i) sejam baseados em informações que estejam prontamente disponíveis às partes e (ii) sejam projetados para filtrar as operações que não devam resultar em efeitos concorrenciais significativos dentro do território da jurisdição envolvida¹¹. As regras de notificação que não cumprem essas recomendações impõem custos desnecessários às

¹¹ Vide parágrafos I.B, II.C e V.B das *Recommended Practice for Merger Notification Procedures*, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

partes envolvidas em atos de concentração e podem resultar no comprometimento de recursos da autoridade concorrencial sem quaisquer benefícios decorrentes dessa atividade.



As Seções acreditam que a proposta de modificações do CADE à definição de “grupo econômico” para operações envolvendo fundos de investimentos melhora a definição atual. Não obstante, algumas das principais dificuldades práticas e dos custos relacionados à determinação do faturamento no Brasil das empresas investidas dos fundos de investimentos e seu “grupo econômico” permanecerão sob a proposta de revisão da definição.

Conforme detalhado a seguir, as Seções acreditam que uma maior simplificação ou um maior estreitamento do escopo da definição de “grupo econômico” reduziria consideravelmente o ônus aos fundos de investimento, permitindo que tais entidades cumpram de forma mais ágil e eficiente os requisitos legais, sem comprometer, no entanto, a capacidade do CADE de analisar operações potencialmente anticompetitivas. As Seções recomendam que o CADE considere de forma bastante atenta as abordagens utilizadas pelos Estados Unidos da América e pela União Europeia como precedentes úteis. Apesar de cada uma dessas jurisdições possuir uma abordagem um pouco diferente para a questão, as Seções acreditam que a regulamentação brasileira pode ser harmonizada com as abordagens dessas jurisdições, sem incorrer em qualquer risco significativo de que operações envolvendo fundos de investimento com possíveis efeitos concorrenciais no mercado brasileiro fiquem fora dos critérios de notificação. Além disso, tais riscos estariam mitigados dado que o CADE possui a competência para analisar operações não notificadas dentro de um ano do seu fechamento.

Restringir o âmbito da definição de “grupos econômicos” para fundos de investimento não limitaria a competência do CADE de requerer informações relevantes durante sua análise dos efeitos concorrenciais de operações notificadas, incluindo: (a) solicitação de informações básicas no formulário de notificação relacionadas à identidade do gestor do fundo de investimento, investidores minoritários, e empresas do portfólio de investimentos do fundo nas quais o fundo possuía participação minoritária, e/ou (b) requerimento de informações de acompanhamento mais detalhadas relacionadas aos fundos de investimento, incluindo investidores minoritários e empresas do portfólio. Em contraste às extensas informações requeridas nos Anexos I e II das alterações propostas ao formulário de notificação para fundos de investimentos (mencionadas na Seção II.5.2), uma abordagem mais restrita ao longo das linhas descritas acima facilitaria a capacidade do fundo de cooperar efetivamente com o quanto solicitado, fornecendo assim informações suficientes ao CADE para analisar a operação.

Origem da Definição de Grupo Econômico para Fundos de Investimentos

Com a promulgação da Lei n. 12.529, o CADE adotou resoluções específicas que definem o escopo de “grupo econômico” de fundos de investimento a

ser considerado quando da avaliação sobre o preenchimento dos critérios de faturamento¹². Antes da entrada em vigor destas novas normas em 2012, o CADE havia desenvolvido em várias decisões uma abordagem que tendia a consolidar seus precedentes sobre essa questão¹³. Segundo tal abordagem, o escopo do “grupo econômico” para operações envolvendo fundos de investimento era examinado com base no nível de controle ou influência exercida pelos investidores do fundo sobre a gestão (i) do fundo e seus investimentos, e (ii) o controle ou a influência do gestor do fundo sobre os demais fundos geridos e os respectivos investimentos.

As regulamentações de 2012 trouxeram um padrão mais objetivo e definido em relação aos precedentes anteriores. Mas também impuseram ônus práticos significativos e custos aos fundos de investimento para calcular com precisão as receitas (faturamentos) no Brasil. Além disso, devido ao amplo escopo de empresas que poderiam potencialmente ser incluídas pela definição (incluindo empresas do grupo vendedor que permaneceriam sem relação com a pós-operação da empresa adquirente), parecem ser necessárias notificações prévias atos de concentração ao CADE para operações envolvendo fundos de investimentos, que possuem pouco ou nenhum efeito competitivo no Brasil.

Comentários Específicos à Definição Proposta de Grupo Econômico para Operações Envolvendo Fundos de Investimentos

De acordo com as alterações propostas para a definição de “grupo econômico” relevante para as operações envolvendo fundos de investimento, o faturamento no Brasil das seguintes entidades deverá ser considerado quando da avaliação sobre o preenchimento dos requisitos notificação:

1. O grupo econômico dos investidores que detêm, direta ou indiretamente, pelo menos 20% das quotas do fundo de investimento envolvido na operação;

¹² Especificamente, o art. 4 §2º da Resolução nº 2 do CADE exige que os fundos de investimento incluam as seguintes entidades como parte do mesmo grupo econômico ao avaliar o volume de negócios do grupo brasileiro: (1) os fundos que estão sob a mesma gestão; (2) o gestor do fundo; (3) os cotistas que detenham, direta ou indiretamente, mais de 20% das quotas de pelo menos um dos fundos no item (1); e (4) as empresas que pertencem ao portfólio dos fundos em que a participação acionária, direta ou indiretamente, detida pelo fundo, é igual ou superior a 20% do capital votante ou do capital social total.

¹³ Cf, nesse sentido, CADE. Ato de Concentração No. 08012.000900/2009-76 (Partes: Governança e Gestão Participações S.A. e Visum Sistemas Eletrônicos S.A.. Data da Decisão: 27 de Maio de 2009); Ato de Concentração No. 08012.010222/2008-79 (Partes: MASB Desenvolvimento Imobiliário S.A., Capital Mezanino Privado I Fundo de Investimento em Participações e Capital Mezanino Fundo de Investimento em Participações. Data da Decisão: 4 de Fevereiro de 2009); Ato de Concentração No. 08012.002529/2007-15 (Partes: Sagah Administração e Participações S/A e Logística Brasil - Fundo de Investimento em Participações. Data da Decisão: 13 de Fevereiro de 2008); Ato de Concentração No. 08012.006082/2006-72 (Partes: PW237 Participações S/A e Santos Brasil S/A. Data da Decisão: 13 de Setembro de 2006).



2. As empresas controladas pelo fundo de investimento envolvido na operação e as empresas nas quais o fundo detenha, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação societária;
3. As empresas controladas por fundos de investimento sob a mesma gestão do fundo de investimento envolvido na operação e as empresas nas quais os fundos detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação societária.

Essa definição proposta é mais restrita que a definição anterior na medida em que elimina a necessidade de calcular o faturamento no Brasil tanto (a) do gestor do fundo, quanto (b) dos fundos que estão sob a mesma gestão que o fundo de investimento que é parte da operação – pressupondo que nenhum deles detém mais de 20% das quotas do fundo de investimento. Contudo, a definição revista continua a exigir dos fundos de investimentos informações sobre as receitas de qualquer investidor com uma participação acima de 20% no fundo (incluindo quotistas ou sócios comanditários que não têm autorização legal ou direito de participar na gestão do fundo de acordo com as leis de jurisdições em que os fundos são constituídos), bem como sobre as receitas de qualquer empresa investida em que o fundo e os fundos sob gestão comum tiverem mais de 20% de participação (incluindo as empresas em que o fundo tem pouco ou nenhum direito de influenciar a gestão ou negócios da empresa).

As Seções entendem que a definição proposta foi concebida para um padrão de participação objetiva de 20% com base em presunções legais que podem existir sob a legislação brasileira, tendo em vista a capacidade dos acionistas de influenciar a gestão de uma empresa. Contudo, muitos fundos de investimentos, especialmente aqueles registrados em jurisdições fora do Brasil, tipicamente não possuem obrigação legal ou meios práticos de obter informação sobre as receitas no Brasil de seus sócios minoritários ou de empresas investidas nas quais eles possuem participações minoritárias. Assim, mesmo sob a definição proposta, fundos de investimento muitas vezes não serão capazes de obter as informações necessárias para avaliar se os critérios de notificação do Brasil estão preenchidos. Da mesma forma, mesmo quando as partes estão certas de que as receitas brasileiras do fundo de investimento vão ultrapassar os critérios de notificação, os fundos de investimento provavelmente não serão capazes de fornecer as informações pormenorizadas solicitadas no formulário de notificação proposto em relação às receitas e os negócios de seus investidores minoritários e suas empresas investidas nas quais suas participações sejam minoritárias. Tais requisitos de notificação estão em desacordo com práticas de Procedimentos de Notificação de Atos de Concentração recomendadas pela ICN, que preveem que os critérios iniciais de notificação devem ser implementados de forma a “evitar a imposição desnecessária de

ônus às partes a operações que não apresentam preocupação concorrencial que sejam substanciais.”¹⁴

Finalmente, as Seções acreditam que a definição proposta mantém uma definição de grupo econômico excessivamente ampla, que continuará a exigir um grande número de notificações de atos de concentração ao CADE com pouco ou nenhum efeito significativo na concorrência. Considerando, portanto, sua incompatibilidade com as melhores práticas da ICN e os custos relevantes que mesmo a definição revista importaria tanto para a autoridade quanto para os administrados, as Seções entendem que a proposta de alteração da definição de grupo econômico em operações envolvendo fundos de investimento necessita de revisão adicional.

Abordagens alternativas em outras Jurisdições

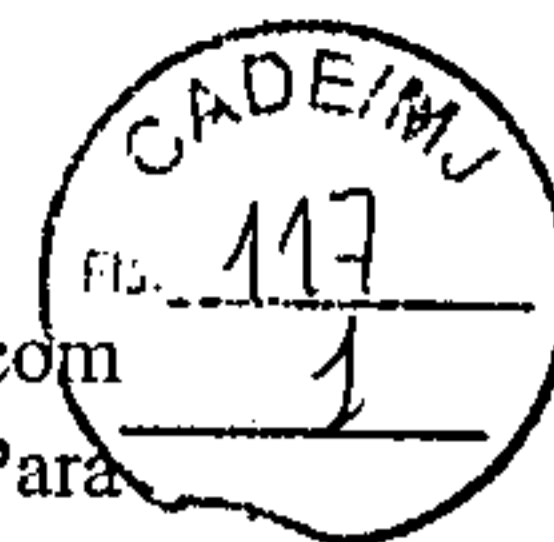
As Seções reconhecem que o CADE deveria considerar as abordagens de outras jurisdições, tais como os Estados Unidos e a União Europeia, para determinar quais operações envolvendo fundos de investimento atenderiam aos critérios de notificação. As Seções acreditam que essas abordagens possibilitariam aos fundos de investimento melhor atender aos critérios de notificação colocados na lei brasileira e possibilitaria afastar a notificação de operações sem efeitos concorrenciais significativos no Brasil.

Estados Unidos. O Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 (“HSR”) exige que as partes apresentem uma notificação prévia dos atos de concentração para aquisições de ativos ou participações societárias com direitos de voto que atendam especificamente aos testes de “tamanho da operação” e “tamanho da requerente”. Nos termos das atuais regulamentações do HSR o critério “tamanho da requerente” é geralmente satisfeito se uma das partes da operação tem ativos em todo o mundo e vendas anuais de, no mínimo, 151,7 milhões dólares e a outra parte tem ativos em todo o mundo e vendas anuais de, no mínimo, 15,2 milhões dólares.¹⁵ Não há critério de “tamanho da requerente” nas aquisições em que o adquirente deterá direitos de voto e ativos com um valor agregado de mais de 303,4 milhões de dólares como resultado da operação.¹⁶

¹⁴ “avoid imposing unnecessary burdens on parties to transactions that do not present material competitive concerns.” Cf. *Recommended Practice for Merger Notification Procedures*, nos parágrafos V.B, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

¹⁵ No caso do vendedor não estar “envolvido na produção” (conforme definido nas regulamentações do HSR), e não ser controlado por uma entidade que o seja, o teste a ser aplicado pelo lado adquirido é o de vendas anuais de USE 151,7 milhões ou um total de ativos de US\$ 15,2 milhões.

¹⁶ Mesmo quando os critérios de tamanho da parte e da operação estão atendidos, os EUA dispensam a notificação de aquisições de empresas estrangeiras que não têm mais de \$75.9 milhões em vendas dentro do mercado norte-americano ou ativos e participações sem direito de controle em empresas estrangeiras por uma outra entidade estrangeira.



O critério de tamanho da requerente nos termos do HSR é determinado com base na empresa-mãe (EM) da parte adquirente e da empresa-alvo da operação. Para determinar a identidade da EM, as relações de controle devem ser verificadas a partir da entidade diretamente envolvida na operação até o seu controlador final. Uma empresa é "controlada" quando outra empresa detém 50% ou mais dos direitos de voto ou tem direito por contrato de designar 50% ou mais dos seus conselheiros. Para entidades como fundos de investimento sem direito de voto, o "controle" é baseado no direito a 50% dos lucros da entidade ou no direito a 50% dos ativos dessa entidade em caso de liquidação (após o pagamento de suas dívidas). Os ativos e vendas anuais de todas as pessoas controladas por essa EM são considerados para que se determine o tamanho da requerente.

Assim, segundo os critérios americanos de tamanho da requerente, no caso de fundos de investimento, seria necessário incluir o total de vendas ou ativos das empresas investidas nas quais este detenha mais de 50% dos direitos de voto ou o direito de nomear 50% ou mais dos diretores (ou, ainda, direito a 50% dos lucros ou dos ativos no caso de liquidação). Da mesma forma, os investidores em um fundo de investimento que extrapolem estes critérios seriam considerados uma EM e/ou parte do mesmo grupo econômico, e as suas receitas totais e ativos seriam relevantes para determinar se o critério de tamanho da requerente estaria preenchido .

Essas regras do HSR não incluem receitas ou ativos de acionistas minoritários ou de empresas de seu portfólio em que a EM (ou entidades sob controle comum) detenham participações minoritárias (ou seja, 20% a 49% das ações), em parte porque as informações sobre os rendimentos ou ativos dessas entidades (especialmente entidades não-públicas) frequentemente não estão prontamente disponíveis aos fundos de investimento pela razões acima descritas.¹⁷

No que diz respeito à notificação, o formulário do HSR é concebido, em parte, como forma de assegurar que as agências antitruste obtenham informações sobre os fundos de investimento que possam ser relevantes à avaliação dos impactos concorrenciais. Por exemplo, para o fundo de investimento adquirente, o formulário exige a identificação das entidades "associadas", incluindo as empresas investidas sob gestão comum que geram receitas nos mesmos segmentos industriais que o da entidade adquirida. Dado que entidades "associadas" não são controladas pelo fundo de investimento, no entanto, os regulamentos do HSR também reconhecem que os fundos de investimento podem não ter informações completas sobre as atividades concorrenciais dessas entidades associadas. Consequentemente, os regulamentos do HSR exigem apenas que os fundos de investimento adquirentes forneçam informações *com base em seu conhecimento e convicção*. Além disso, o formulário do HSR não

¹⁷ Mesmo para as empresas de capital aberto, a receita e informações de ativos não são comumente disponibilizadas ao público ou aos acionistas minoritários.

exige que os fundos de investimento forneçam o faturamento nos EUA de tais entidades associadas.¹⁸

Finalmente, as regras do HSR também permitem que uma pessoa apresente um formulário de notificação contendo uma declaração explicando suas razões de descumprimento de qualquer item solicitado no formulário de notificação. Essa declaração deve explicar (a) por que a pessoa é incapaz de fornecer a resposta completa, (b) quem, se alguém, tem as informações necessárias e (c) quais esforços foram feitos para obter as informações solicitadas. *Veja* 16 C.F.R. § 803.3.

União Europeia. As regras de concentração da União Europeia ("EUMR") e a Comunicação Jurisdicional da U.E. também estabelecem quais entidades devem ser incluídas no cálculo do faturamento para fins de determinar se os critérios de notificação da EUMR estão satisfeitos. De uma forma geral, a EUMR exige que a parte da operação (ou a "empresa envolvida") seja incluída no cálculo, bem como as seguintes entidades em que a empresa envolvida, direta ou indiretamente:

- detém mais da metade do capital ou dos ativos
- tem o poder de exercer mais da metade do direito de voto
- tem o poder de designar mais da metade dos membros do conselho fiscal, do conselho de administração ou dos órgãos que representem legalmente as empresas.
- tem o direito de gerir os negócios da empresa

As empresas-mãe que têm os mesmos direitos sobre a empresa envolvida e entidades sobre as quais as empresas-mãe têm os mesmos direitos também são incluídas no cálculo de volume de negócios. A EUMR prevê também que, quando a operação diz respeito à aquisição de partes de uma ou mais empresas, apenas as partes que são objeto da operação deverão ser consideradas no que diz respeito ao vendedor (não todo o grupo vendedor de empresas).

Ressalte-se que o último critério também abrange apenas um direito *que decorre da lei* de gerir os negócios das empresas de seu portfólio. Um gestor de fundo de investimento, por exemplo, poderia ter direitos para gerir outros fundos de investimento.¹⁹ Essa norma de "direito de gerir", no entanto, não inclui quaisquer

¹⁸ Da mesma forma, a maioria das informações exigidas pelo HSR apresentadas pela "pessoa adquirida" (por exemplo, a EM da entidade cujas participações societárias ou ativos estejam sendo vendidos) refere-se apenas à "entidade adquirida" ou "ativos adquiridos" – e não a todo o grupo de empresas pertencentes à EM (a "empresa adquirida"). Além disso, o HSR também exige fundos de investimentos estruturados como uma *limited partnership* divulgue a identidade do *general partner* do fundo, independentemente de sua participação acionária, e outras entidades não-incorporadas devem revelar a identidade de qualquer pessoa ou entidade que detém mais de 5% de participação da entidade adquirida (ainda que esta não seja incorporada), bem como da entidade adquirente (s) e sua EM (para pessoas naturais, é a pessoa jurídica ou não jurídica pertencente à EM, mas não se exige das partes que divulguem informações significativas detalhadas com relação a esses interesses.

¹⁹ Um contrato estipulando a um determinado acionista certos direitos de veto em relação à administração da companhia pode também estabelecer um direito *de jure* à administração de uma entidade.

118
1

direitos de *controle de fato* que surgem como resultado de fortes interesses comuns entre os diferentes acionistas minoritários de uma joint venture ou com base na presença e exercício de voto nas reuniões de acionistas. A Comissão reconheceu que essa distinção entre direitos *de jure* e *de facto* "se explica pela necessidade de precisão e certeza nos critérios usados para o cálculo de faturamento de modo que a jurisdição possa ser facilmente verificada."²⁰

Assim, da mesma forma como ocorre na análise do critério de tamanho da requerente nos EUA, as regras de cálculo de faturamento da UE são concebidas principalmente para incluir no grupo aquelas empresas em que há claras relações de controle com a parte envolvida na operação. Enquanto o "direito de gerir" previsto em norma da UE introduz alguma complexidade adicional para a determinação do grupo relevante de empresas que devem ser incluídas no cálculo do faturamento, a definição da UE ajuda a concentrar a análise nas empresas sobre as quais os fundos de investimento têm um nível significativo de controle ou influência.

Finalmente, no que diz respeito às exigências do formulário de notificação, as Seções reconhecem que os pedidos de informação propostos pelo CADE sobre as entidades de um "grupo econômico" amplamente definido, tal como redigido, exigiriam que as partes apresentem informações mais amplas do que é exigido pelo padrão da UE. A título de exemplo, o formulário da EU exige que as partes identifiquem quaisquer entidades que atuam no "mercado afetado" (20% de participação nos mercados horizontais, 30% de participação para os mercados verticais), em que as partes, direta ou indiretamente, detenham uma participação igual ou superior a 10%. Em alguns casos, a UE também exige informações relativas a pessoas que atuam em conselhos de mais de uma dessas empresas.

O formulário da UE, no entanto, não tem pedidos padrão para descrições das atividades desenvolvidas por cada sociedade cuja participação do grupo adquirente seja de 10% e não exige de dados de faturamento de cada uma dessas entidades em cada um dos Países Membros e na União Europeia. Além disso, as partes responsáveis pela notificação são normalmente autorizadas a se basear em relatórios preparados por analistas ou em estimativas de boa fé para fornecer informações sobre vendas ou estimativas de participações de mercado dos concorrentes em quaisquer mercados afetados. As partes podem também solicitar a dispensa de qualquer pedido de informação no formulário. O CADE poderia considerar a abordagem da UE para estas questões antes de finalizar os regulamentos e as alterações propostas para o seu formulário de notificação.

Recomendações

²⁰ Veja Parágrafo 184 da Comunicação Consolidada da Comissão da União Europeia disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>.

As Seções reconhecem as legítimas preocupações e o interesse do CADE em adotar regras objetivas para a notificação de operações envolvendo fundos de investimento nas hipóteses em que houver nexos suficientes entre tais operações e o mercado brasileiro. Contudo, entendemos ser igualmente importante que as regras para notificação de atos de concentração não envolvam uma definição de "grupo econômico" que (a) exija, de fundos de investimento, a compilação de informações não facilmente acessíveis e/ou que (b) amplie o escopo de grupo econômico a ponto de incluir empresas sobre as quais as partes da operação não detêm efetivo poder de controle ou de influência e que, portanto, têm pouca ou nenhuma relevância para a análise de efeitos concorrenciais da operação.

Dessa forma, as Seções recomendam que, para fins do cálculo de faturamento do grupo econômico no Brasil e consequente identificação do enquadramento de uma operação nos critérios de notificação brasileiros, o CADE modifique a definição de grupo econômico proposta em relação a fundos de investimento, conforme abaixo:

1. Quando o fundo de investimento for o vendedor, o CADE deve limitar o faturamento relevante à empresa-alvo (incluindo as entidades em que a empresa-alvo detenha participação igual ou superior a 50% do capital social) ou aos ativos objeto da operação. Outras entidades, incluindo investidores das empresas de fundo de investimento e empresas investidas (bem como outros fundos sob controle comum), devem ser excluídas do cálculo (*Veja também a Seção 4 do Comentário, abaixo*).
2. Quando o fundo de investimento for o adquirente, o CADE deve incluir somente (a) os investidores que detiverem, direta ou indiretamente, 50% ou mais das cotas do fundo de investimento envolvido na operação, e (b) as empresas em que o fundo de investimento participante (e outros fundos de investimento sob a mesma gestão) detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 50% no capital social ou interesses nos lucros.

Se o CADE entender que deve ser aplicada uma definição mais ampla, por meio da qual seja possível identificar as atividades das empresas investidas nas quais o fundo adquirente (ou a empresa-alvo) possui uma participação inferior a 50% do capital social, as Seções recomendam que o Brasil adote uma abordagem semelhante a da UE, que prevê a inclusão de empresas nas quais um fundo de investimento tenha o direito *de jure* de gestão.

Ao mesmo tempo em que o critério de 20% atualmente proposto é objetivo, também é extremamente amplo e, caso mantido, aplicar-se-ia a empresas sobre as quais os fundos de investimento não possuem qualquer controle ou influência material. A adoção do critério da UE, que trata do controle efetivo sobre a empresa, restringiria a



análise concorrencial a um conjunto mais limitado de empresas investidas, sobre as quais os fundos de investimentos têm a capacidade de obter as informações necessárias para avaliar o atendimento aos critérios de faturamento para notificação de operações no Brasil.

Além disso, no que diz respeito às informações de fundos de investimentos solicitadas pelo formulário de notificação, as Seções entendem ser apropriada a solicitação, pelo CADE, em todas as notificações, dos gestores, investidores e acionistas minoritários do fundo de investimentos. Todavia, recomenda-se que o formulário de notificação deixe de solicitar informações mais detalhadas a respeito do faturamento e demais atividades concorrenciais, no Brasil, de seus investidores minoritários e das empresas investidas nas quais o fundo detenha baixa participação e, conseqüentemente, não haja efetivo poder de controle (i.e., participação igual ou superior a 50% das ações ordinárias do capital social, poder de nomear a maioria dos administradores, ou direito *de jure* de gestão).

Caso o CADE reconheça que fundos de investimento possivelmente não tenham informações perfeitas sobre as atividades de algumas entidades que não controlam e, mesmo assim, seja mantida uma definição ampla de grupo econômico e/ou continue-se a exigir informações mais aprofundadas acerca de entidades não controladas, as Seções recomendam que, para fins de evitar a responsabilização de fundos de investimento pela inviabilidade de prestar informações perfeitas, o CADE aceite suas declarações de boa-fé em que se ateste o fornecimento das informações solicitadas na medida de sua disponibilidade e ao alcance de seu conhecimento. Na medida em que determinadas informações das partes não estiverem disponíveis às partes e tiver sido apresentada uma declaração explicando as razões da impossibilidade do fornecimento de tais informações, o CADE deveria aceitar o formulário de notificação como completo. O CADE ainda terá a possibilidade de solicitar informações relevantes para a análise diretamente a terceiros, tais como investidores minoritários das partes e empresas investidas em que as partes detiverem uma participação minoritária.

4. SUFICIÊNCIA DO FATURAMENTO DO OBJETO DA OPERAÇÃO PARA FINS DE DETERMINAÇÃO DE CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO

À luz dos esforços contínuos do CADE em aprimorar o regime brasileiro de controle de concentrações e com vistas a assegurar a eficiência e eficácia desse processo, sugerimos que um tema adicional seja revisto: a aplicação dos critérios de notificação sobre o faturamento da empresa-alvo, em vez daquele registrado pelo grupo vendedor.

Nos termos da legislação brasileira atual, a submissão de uma operação à autoridade concorrencial é obrigatória quando:

- (i) O grupo econômico de uma das partes envolvidas na operação tiver registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e
- (ii) O grupo econômico da outra parte envolvida na operação tiver registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

Dessa forma, tais critérios se aplicam ao faturamento de todo o grupo econômico da parte vendedora, em vez de serem limitados aos negócios ou ativos adquiridos, conforme recomendado pela ICN²¹. As Práticas Recomendadas pela ICN compilam as melhores práticas e experiências das autoridades concorrenciais em todo o mundo e foram adotadas ao longo de vários anos como consenso entre as autoridades membro do ICN.

Ao reconhecer que os ativos que remanescem com o vendedor após uma operação não têm qualquer influência no impacto concorrencial desta, a ICN recomenda que os critérios de faturamento sejam limitados às empresas ou negócios relevantes envolvidos em dada operação. Assim, somente o faturamento do objeto da operação é suficiente para verificar o enquadramento do vendedor nos critérios de notificação. As Práticas Recomendadas pela ICN abordam esta questão em meio a um esforço para reduzir notificações desnecessárias, por meio de um mecanismo de triagem que exclua da apreciação das autoridades as operações que não gerem efeitos concorrenciais relevantes. Dessa forma, permite-se que as autoridades direcionem seus recursos para a análise de operações mais suscetíveis de causar prejuízos concorrenciais.

Entendemos que esse tema merece maiores reflexões e alterações, como parte do esforço do CADE para aprimorar seu regime de controle de concentrações. Particularmente, acreditamos ser improvável que a alteração da aplicação dos critérios de notificação, do faturamento do vendedor para o do objeto da operação, venha a prejudicar a capacidade do CADE em analisar as operações que têm potencial efeito concorrencial no Brasil. O CADE talvez deseje examinar até que ponto um critério de notificação baseado somente no objeto da operação poderia ser adequado para a boa análise antitruste. Se o CADE entender que não possui autoridade para rever tais critérios, pode considerar propor uma exceção “*de minimis*” adicional, baseada na estipulação de determinado nível de faturamento registrado pela empresa-objeto. Tal Resolução pode ser emitida como modo de prestar orientação a interpretação dos efeitos locais gerados por determinada operação, nos termos do artigo 2º da Lei n.º 12.529/11. (As Seções sentir-se-iam honradas de comentar o conteúdo de tal Resolução.)

²¹ Recomendações Práticas I.B.3 da ICN, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.



As Seções esperam que esses comentários sejam úteis, e reiteram seu apreço pelos esforços contínuos do CADE de revisar, refinar e aprimorar o sistema brasileiro de controle de concentrações. Continuamos comprometidos com esse processo e oferecemos nossa assistência ao CADE caso assim se entenda necessário.