## **GRINBERG CORDOVIL**

**Direito Concorrencial e Contencioso** 

Mauro Grinberg

## Atos de concentração: Cade pode exigir notificação do que não é notificável

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) publicou recentemente a Resolução nº 13, de 23.06.2015, em que disciplina as notificações ao próprio CADE de atos de concentração obrigatórios que não foram notificados no devido tempo e dos que não foram notificados porque não tinham que sê-lo. Os atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade e os atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade estão previstos no § 3º do art. 88 da Lei 12.529, de 30.11.2011, enquanto os atos de concentração não notificados porque não tinham que sê-lo, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade, estão previstos no § 7º do mesmo artigo.

Assim, a Resolução nº 13 não apresenta novidades, a não ser pelos fatos, (i) nos casos do § 3º, de criar procedimentos para essas ações e (ii) no caso do § 7º, além de criar procedimentos, reforçar o fato de que nenhum ato de concentração que não tenha sido notificado na ocasião certa, mesmo que não precisasse sê-lo, está a salvo da notificação, que pode tornar-se obrigatória. Desde logo, o termo "requerer", constante da lei e da resolução, deve ser entendido como "determinar", até porque o art. 14 da Resolução estabelece que, "nos casos em que o Cade determinar a notificação do ato de concentração (...)". Além do mais, não faz sentido o Cade "requerer" pois quem requer são as partes.

O procedimento previsto na Resolução é chamado de "procedimento administrativo para apurações referentes a atos de concentração (APAC)", em relação aos quais nós só focalizamos aqui os referentes ao § 7°, até porque os previstos no § 3° constituem, de qualquer sorte, formas de desobediência a normas conhecidas, enquanto no caso do 7° temos o pleno cumprimento das normas, seguido todavia de uma ação discricionária do Cade. Essa ação é discricionária porque, de acordo com a própria lei (de novo, § 7°), constitui faculdade do Cade, que pode decidir ou não pela necessidade de notificação do ato de concentração.

A determinação do Cade tem também o prazo de um ano "a contar da respectiva data de consumação". Note-se, assim, que o termo inicial do prazo não tem definição legal. Ante a sua inexistência, pode-se tomar emprestado o disposto no art. 2º da Resolução nº 15, de 10.08.1998,

do Cade: "O momento de realização da operação (...) será definido a partir do primeiro documento vinculativo (...)". Há, todavia, dois sérios riscos em se adotar esta definição. O primeiro risco está no fato desta definição ter sido muito contestada em Juízo, sendo que há casos ainda correndo no Poder Judiciário e que ainda podem produzir decisões invalidando o texto regulamentar. O segundo risco está no fato de se tratar de resolução defasada, prevista para a Lei nº 8.884, de 11.06.1994, para a qual o momento da realização do negócio jurídico era o termo inicial da contagem do prazo para notificação do ato de concentração ao Cade; hoje, na vigência da Lei nº 12.529, de 30.11.2011, a notificação é prévia e a aprovação é condição necessária para a consumação do negócio.

O APAC será aberto pela Superintendência-Geral (SG) do Cade, sendo que, se a SG decidir pelo arquivamento, ainda assim o Tribunal do Cade poderá avocar o caso e, se a SG decidir pela determinação de notificação do ato de concentração, ainda assim as partes poderão recorrer ao Tribunal do Cade. Mas o mais importante desta mensagem é lembrar, a todos os que não precisam notificar seus atos de concentração, que o Cade pode obrigá-los a fazer as notificações, sendo que o prazo de um ano é razoavelmente fluido porque depende da consumação do ato.

Ver-se-á o Cade, todavia, ante um outro problema, que é a volta a uma situação que se entendia terminada. Com efeito, nos tempos da legislação anterior, com a notificação do ato de concentração posteriormente à sua consumação, ao Cade muitas vezes restava apenas, quando queria impor restrições a uma operação, as restrições (chamadas no jargão específico de "remédios") comportamentais, pois com frequência as restrições estruturais (ex: venda de unidades produtivas) já se tornara impossível.