

Direito Concorrencial

[Beatriz Cravo](#) | [Daniel Tobias Athias](#)

O que o Cade considera como “simples” para o rito sumário? ¹

I. A RESOLUÇÃO 02/2012 DO CADE E AS HIPÓTESES DE ENQUADRAMENTO NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

A Resolução 02/2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) estabelece, em seu artigo 8º,² as hipóteses para análise de atos de concentração (AC) pelo procedimento sumário, reservado para casos de menor complexidade concorrencial, cujas vantagens são o prazo menor de análise (que deve ser concluída em até 30 dias, conforme a Resolução 16/2016) e o formulário mais simples.

¹ Esse artigo contou com a colaboração de André Martines de Andrade e Giovanna Verginelli Mezher.

² Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I -Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

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 -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 econômico comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados.

V -Ausência denexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 200 desde que a operação não gere o controle de parcela de 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.

Entre elas, o inciso VI (outros casos) desperta interesse ao deixar aberta a possibilidade de que casos considerados *simples o suficiente* que não se enquadrem nas demais hipóteses também possam ser analisados por esse procedimento. Logo, é importante entender como isso vem sendo aplicado pela autoridade ao enquadrar casos no procedimento sumário.

Para tanto, foram levantados todos os casos decididos pela Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) entre 2015 e 2020³ que foram enquadrados no inciso VI da Resolução. Cada AC foi então classificado em uma categoria específica de tipo de operação.

Naturalmente, classificações seguem as preferências e escolhas de quem fez a análise, especialmente pelo fato que há casos limítrofes entre as classificações escolhidas e pontos cegos na análise, em razão de fatores relevantes que afetam a análise da SG/Cade.

Não obstante, e como destaca Genaro Carrió, não existem classificações verdadeiras ou falsas, mais úteis ou inúteis.⁴ Assim, a análise a seguir apresenta os tipos de casos sendo classificados pela autoridade no referido inciso.

II. CLASSIFICAÇÃO DOS CASOS DECIDIDOS PELA SG/CADE

No total, foram analisados 367 pareceres da SG/Cade. Algumas das operações podem ser classificadas em mais de uma categoria, mas optou-se por classifica-las naquela que melhor lhes representa.

Em diversos casos, a SG/Cade, ao aplicar o inciso VI, destacou fatores que motivaram tal enquadramento, tais como a ausência de sobreposição horizontal, relações preexistentes e operações realizadas em mercados de monopólio natural. Em que pese a importância desses pontos, o objetivo foi sistematizar quais tipos de operação estão sendo enquadradas como simples o suficiente, vez que alguns desses pontos possuem previsão em outros incisos do art. 8º.

Constatou-se três categorias principais de tipos de operação, quais sejam: (1) aquisição ou consolidação de controle; (2) aquisição de participação acionária; e (3) a aquisição de ativos. Essas três categorias correspondem a 278 pareceres e 75% do total de casos analisados.

³ O levantamento de casos foi feito da seguinte forma: (1) a "Pesquisa Livre" da expressão "outros casos"; tendo sido aplicados dois filtros no SEI: (2) Tipo de Documento: "Parecer" e (3) Tipo de Processo: "Finalístico: Ato de Concentração Sumário". O levantamento de casos teve como corte a data de 22/07/2020.

⁴ "Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles [o bien, pueden ser desorientadoras]; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables", CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, p. 99.

A maioria das operações enquadradas no inciso VI concerne a aquisição ou consolidação de controle de determinada empresa, direto ou indireto, sendo esse o caso de 151 dos pareceres⁵ analisados, o que corresponde a aproximadamente 41% do total. Verificando esses casos de forma mais detida, constata-se a existência de situações distintas, havendo tanto a consolidação de controle quando a empresa já teria participação relevante (60%, 75%, 90%), como também outras em que houve aquisição de nível significativo de participação, em alguns casos de mais de 80% (e outros de 100%), resultando em aquisição de controle. Ou seja, nesses casos, a simplicidade não decorre do nível de participação acionária adquirida.

⁵ Atos de Concentração: 08700.00032/2020-81, 08700.000136/2020-96, 08700.000439/2020-17, 08700.000441/2020-88, 08700.000653/2020-65, 08700.000673/2020-36, 08700.000907/2020-45, 08700.001372/2020-20, 08700.001427/2020-00, 08700.001620/2020-32, 08700.001726/2020-36, 08700.001770/2020-46, 08700.002058/2020-64, 08700.002544/2020-82, 08700.002762/2020-17, 08700.002787/2020-11, 08700.002911/2020-48, 08700.006216/2019-11, 08700.006197/2019-23, 08700.005123/2019-70, 08700.006136/2019-66, 08700.005815/2019-18, 08700.005709/2019-34, 08700.005306/2019-95, 08700.003364/2019-84, 08700.003290/2019-86, 08700.004758/2019-50, 08700.004847/2019-04, 08700.004532/2019-59, 08700.003267/2019-91, 08700.004264/2019-75, 08700.004175/2019-29, 08700.004094/2019-29, 08700.003920/2019-12, 08700.001600/2019-28, 08700.001267/2019-57, 08700.001228/2019-50, 08700.001143/2019-71, 08700.000945/2019-64, 08700.000935/2019-29, 08700.000748/2019-45, 08700.000708/2019-01, 08700.000542/2019-15, 08700.000395/2019-83, 08700.007402/2018-97, 08700.002837/2019-26, 08700.002564/2019-10, 08700.002300/2019-66, 08700.002165/2019-59, 08700.005808/2019-16, 08700.002295/2018-19, 08700.002492/2018-20, 08700.005597/2018-31, 08700.005793/2018-13, 08700.005992/2018-13, 08700.006572/2018-54, 08700.007027/2018-85, 08700.007226/2018-93, 08700.000228/2018-51, 08700.000349/2018-01, 08700.000390/2018-70, 08700.000391/2018-14, 08700.000419/2018-13, 08700.000634/2018-14, 08700.000644/2018-50, 08700.000744/2018-86, 08700.001278/2018-56, 08700.003707/2018-20, 08700.003765/2018-53, 08700.004243/2018-79, 08700.004290/2018-12, 08700.004327/2018-11, 08700.004388/2018-70, 08700.004415/2018-12, 08700.004437/2018-74, 08700.004455/2018-56, 08700.004520/2018-43, 08700.001409/2017-14, 08700.000710/2017-19, 08700.005039/2017-94, 08700.008115/2017-13, 08700.001952/2017-11, 08700.002198/2017-37, 08700.003083/2017-60, 08700.003771/2017-20, 08700.004197/2017-27, 08700.006901/2017-86, 08700.007010/2017-47, 08700.007756/2017-51, 08700.008708/2016-07, 08700.00549/2017-75, 08700.000654/2017-12, 08700.001313/2017-56, 08700.002854/2017-00, 08700.003025/2017-36, 08700.003927/2017-72, 08700.004092/2017-78, 08700.004011/2017-30, 08700.004675/2017-07, 08700.003956/2017-34, 08700.004694/2017-25, 08700.005178/2017-18, 08700.005315/2017-14, 08700.006373/2017-65, 08700.006869/2017-39, 08700.007052/2017-88, 08700.002794/2016-36, 08700.005246/2016-68, 08700.005982/2016-16, 08700.005015/2016-54, 08700.006646/2016-91, 08700.006647/2016-35, 08700.006725/2016-00, 08700.008420/2016-24, 08700.000950/2016-24, 08700.001301/2016-41, 08700.001413/2016-00, 08700.001828/2016-75, 08700.002223/2016-00, 08700.003489/2016-61, 08700.003560/2016-14, 08700.003595/2016-45, 08700.004506/2016-88, 08700.005410/2016-37, 08700.006008/2016-70, 08700.006171/2016-32, 08700.006658/2016-15, 08700.007552/2016-39, 08700.008060/2016-61, 08700.007735/2016-54, 08700.012588/2015-53, 08700.012653/2015-41, 08700.012655/2015-30, 08700.002117/2015-37, 08700.003153/2015-18, 08700.004046/2015-15, 08700.006789/2015-11, 08700.006999/2015-18, 08700.007998/2015-82, 08700.009117/2015-68, 08700.009122/2015-71, 08700.009475/2015-71, 08700.010032/2015-22, 08700.010317/2015-63, 08700.010875/2015-29, 08700.011981/2015-20, 08700.012059/2015-50, 08700.000439/2015-41, 08700.010767/2015-56, 08700.010791/2015-95, 08700.012065/2015-15 e 08700.012152/2015-64.

A segunda maior categoria de casos concerne a aquisição de participação societária. Incluiu-se nessa categoria tanto um aumento de participação acionária já detida, quanto a aquisição de participação por novo agente econômico, independentemente da estrutura adotada pela operação. A diferença desses casos da categoria anterior é a inexistência de aquisição de controle unitário, embora haja casos de aquisição de controle compartilhado. Tal como na categoria anterior, também há acréscimos de participação societária ínfimos (e.g., 0,30%⁶), quanto relevantes (e.g., 51%⁷). Esse tipo de operação correspondeu a 96 casos⁸, 26% dos pareceres analisados.

Ainda que operações de natureza das duas categorias sejam de notificação obrigatória, pois podem acarretar reforços nas relações preexistentes, elas geralmente são operações simples, cuja hipótese específica não está prevista na Resolução 02/2012 do Cade.

A terceira categoria principal é a aquisição de ativos, tangíveis ou intangíveis, correspondendo a um total de 31 casos (8%)⁹. Esses casos talvez sejam os mais relevantes, já que a legislação em

⁶ Ato de concentração 08700.003546/2018-74.

⁷ Ato de Concentração 08700.004243/2018-79.

⁸ Atos de Concentração: 08700.000180/2020-04, 08700.000232/2020-34, 08700.000277/2020-17, 08700.000821/2020-12, 08700.000826/2020-45, 08700.001228/2020-93, 08700.001229/2020-38, 08700.002233/2020-13, 08700.002482/2020-17, 08700.002657/2020-88, 08700.004833/2019-82, 08700.006242/2019-40, 08700.005547/2019-34, 08700.005228/2019-29, 08700.006157/2019-81, 08700.005883/2019-87, 08700.005332/2019-13, 08700.004495/2019.89 08700.003468/2019-99, 08700.003420/2019-81, 08700.000314/2019-45, 08700.001144/2019-16, 08700.001226/2019-61, 08700.001353/2019-60, 08700.001482/2019-58, 08700.002047/2019-41, 08700.002348/2019-74, 08700.002948/2019-32, 08700.002073/2018-98, 08700.005672/2018-63, 08700.006697/2018-84, 08700.006581/2018-45, 08700.006582/2018-90, 08700.007228/2018-82. 08700.003546/2018-74, 08700.004223/2018-06, 08700.004912/2018-11, 08700.000822/2017-61, 08700.004820/2017-41, 08700.001468/2017-92, 08700.001494/2017-11, 08700.001503/2017-73, 08700.001504/2017-18, 08700.005079/2017-36, 08700.006078/2017-17, 08700.006452/2017-76, 08700.006569/2017-50, 08700.007524/2017-01, 08700.007770/2017-54, 08700.001547/2016-12, 08700.002331/2016-74, 08700.003009/2016-62, 08700.004472/2016-21, 08700.007044/2016-51, 08700.001463/2016-89, 08700.003604/2016-06, 08700.003937/2016-27, 08700.004652/2016-11, 08700.004698/2016-22, 08700.005667/2016-99, 08700.005701/2016-25, 08700.005939/2016-51, 08700.007732/2016-11, 08700.008108/2016-31, 08700.012609/2015-31, 08700.012336/2015-24, 08700.012223/2015-29, 08700.011951/2015-13, 08700.011715/2015-05, 08700.011551/2014-27, 08700.009996/2015-28, 08700.009898/2015-91, 08700.009208/2015-01, 08700.009035/2015-13, 08700.008539/2015-16, 08700.007645/2015-82, 08700.005559/2015-35, 08700.004450/2015-81, 08700.004025/2015-91, 08700.003989/2015-12, 08700.003337/2015-88, 08700.001596/2015-74, 08700.001113/2015-31, 08700.000881/2015-78, 08700.003762/2015-77, 08700.004537/2015-58, 08700.000580/2015-44, 08700.000579/2015-10 e 08700.011623/2014-36.

⁹ Atos de Concentração: 08700.004281/2019-11, 08700.004970/2019-17 08700.002510/2019-54, 08700.000180/2019-62, 08700.003211/2018-56, 08700.005894/2017-03, 08700.006425/2017-01, 08700.008064/2017-20, 08700.000941/2017-14, 08700.001169/2017-58, 08700.003024/2017-91, 08700.003055/2017-42, 08700.003216/2017-06, 08700.005589/2017-11, 08700.007662/2017-81, 08700.001107/2017-46, 08700.003926/2016-47, 08700.008315/2016-95, 08700.000611/2016-48, 08700.002554/2016-31, 08700.003742/2016-87, 08700.005474/2016-38, 08700.005603/2016-98, 08700.012338/2015-89, 08700.012337/2015-79, 08700.006278/2015-08, 08700.010994/2015-81, 08700.011570/2015-34, 08700.008524/2015-58 e 08700.009943/2015-15.

vigor não é tão clara com relação ao que seria uma aquisição notificável. Em um caso julgado em 2017, por exemplo, destacaram as partes que os ativos estariam inoperantes, não representando acréscimo à capacidade produtiva; esse argumento foi rechaçado, pois, apesar de nunca terem sido utilizados após sua fabricação isso “*não implica dizer que o ativo não é produtivo ou mesmo que não importa em acréscimo de capacidade produtiva (...) uma vez que guardam relação direta com a atividade econômica a que se destinam*”¹⁰. Nesse ponto, é importante destacar que a autoridade vem considerando a essencialidade do insumo para as atividades envolvidas como critérios de notificação.

Além dessas três categoriais principais de atos “simples o suficiente”, foram constatadas ao menos 11 outras, as quais, embora não representem parcela significativa dos casos, são relevantes para orientar aqueles que pretendem se valer do inciso VI, sendo elas:

- i) Criação de joint venture ou parceria (19 casos)¹¹ – abrange tanto operações *greenfield*, para oferecer produto em que as partes, isoladamente, não teriam capacidade para atuar, e outros em que a atividade já era explorada pelas empresas associadas;
- ii) Cessão de direitos de exploração (16 casos)¹² – cessão de direitos de produção referente a contratos para exploração de petróleo em campos específicos;
- iii) Reestruturação (14 casos)¹³ – casos de reestruturação societária ou reestruturação de parceria, *joint venture*, consórcio ou grupo econômico (e.g., realocação de participação societária);
- iv) Desconstituição de joint venture ou parceria (11 casos)¹⁴ – trata de mero encerramento de empreendimentos comuns celebrados entre determinadas empresas, envolvendo, em alguns casos, alienação de participação societária,

¹⁰ Ato de Concentração 08700.008315/2016-95.

¹¹ Atos de Concentração: 08700.004051/2019-43, 08700.001979/2019-76, 08700.002407/2019-12, 08700.007314/2018-95, 08700.001321/2018-83, 08700.003866/2018-24, 08700.006955/2017-41, 08700.000899/2017-31, 08700.006826/2017-53, 08700.002083/2016-61, 08700.012450/2015-54, 08700.012662/2015-31, 08700.000287/2015-87, 08700.000540/2015-01, 08700.002585/2015-10, 08700.006529/2015-46, 08700.001226/2015-37, 08700.010002/2015-16, 08700.002975/2014-09, 08700.007242/2015-33, 08700.011554/2014-60 e 08700.011597/2014-46

¹² Atos de Concentração: 08700.001835/2020-53, 08700.001842/2020-55, 08700.002030/2020-27, 08700.002033/2020-61, 08700.002048/2020-29, 08700.002048/2019-95, 08700.002817/2019-55, 08700.002349/2017-57, 08700.008043/2017-12, 08700.008056/2016-01, 08700.000290/2015-09, 08700.007815/2015-29 e 08700.008664/2015-26.

¹³ Atos de Concentração: 08700.000136/2020-96, 08700.001760/2020-19, 08700.006178/2018-16, 08700.006321/2018-14, 08700.006323/2018-69, 08700.007028/2018-20, 08700.004415/2018-12, 08700.008654/2016-71, 08700.000662/2017-51, 08700.003971/2017-82, 08700.000839/2016-38, 08700.001182/2016-26, 08700.006657/2016-71 e 08700.004537/2015-58.

¹⁴ Atos de Concentração: 08700.003418/2019-10, 08700.001259/2019-19, 08700.002536/2017-31, 08700.004162/2017-98, 08700.005839/2017-13, 08700.000424/2016-64, 08700.005765/2016-26, 08700.007271/2016-86, 08700.005672/2015-11, 08700.007739/2015-51 e 08700.009751/2015-09.

- e encerramento de contratos de arrendamento. Foi feita uma distinção entre casos em que houve aquisição de controle em uma *joint venture* (incluídos na categoria de aquisição de controle) e outros onde houve indicação explícita de dissolução (computados nessa categoria);
- v) Ausência de efeitos no Brasil (10 casos)¹⁵ – abrange casos em que, por exemplo, determinada *joint venture* é focada em mercado geográfico que não o Brasil, casos em que o país é afetado apenas indiretamente (não havendo notificação no país de origem), não há perspectiva de vendas para o país (ou importações modestas), e outros em que não há perspectiva temporal para que determinada tecnologia chegue ao país;
 - vi) Contratos associativos (6 casos)¹⁶ – referentes a contratos de exclusividade (e.g., distribuição);
 - vii) Aquisição de franqueada pela franqueadora (5 casos)¹⁷ – a SG/Cade destaca que já há “*algum poder de ingerência da franqueadora sobre as decisões da franqueada, resultando em certo grau de coordenação*”, de forma que a mudança na estrutura de governança não modifica condições concorrenciais-comerciais (e.g. preço);
 - viii) Constituição de associação sem fins lucrativos (3 casos)¹⁸ – constituição de associação para fins de implementação de Política Nacional de Resíduos Sólidos;
 - ix) Codeshare (2 casos)¹⁹ – contratos de compartilhamento de voos – não mais notificáveis após a edição da Resolução do Cade nº 17/2016;
 - x) Arrendamento ou comodato de ativos (2 casos)²⁰ – como, por exemplo, o arrendamento de ativo de empresa em Recuperação Judicial por período de um ano (renovável); e
 - xi) Substituição de agente econômico (1 caso)²¹ – referente a cessão de posição contratual.

¹⁵ Atos de Concentração: 08700.000485/2018-93, 08700.002970/2018-00, 08700.003901/2018-13, 08700.000899/2017-31, 08700.001932/2017-41, 08700.002630/2017-90, 08700.006425/2017-01, 08700.006313/2017-42, 08700.000357/2016-88 e 08700.009207/2015-59.

¹⁶ Atos de Concentração 08700.003743/2019-74, 08700.006667/2018-78, 08700.005953/2018-16, 08700.000128/2017-44 e 08700.006640/2017-02.

¹⁷ Atos de Concentração: 08700.000234/2018-17; 08700.000074/2017-17, 08700.004965/2017-42, 08700.007469/2017-41 e 08700.000606/2015-54.

¹⁸ Atos de Concentração: 08700.005384/2014-85, 08700.009764/2015-70 e 08700.012602/2015-19.

¹⁹ Atos de Concentração: 08700.001862/2015-69 e 08700.011932/2014-06.

²⁰ Atos de Concentração 08700.003664/2015-30 e 08700.003056/2016-14

²¹ Ato de Concentração: 08700.000780/2018-40

III. CRITÉRIOS ADICIONAIS RELEVANTES PARA O INCISO VI

Entre os critérios adotados pela SG/Cade para aceitar o procedimento sumário estão (i) características dos mercados relevantes afetados; (ii) presença de concorrentes relevantes; (iii) reduzida alteração da estrutura do mercado; e (iv) manutenção de incentivos econômicos²². De forma geral, o que se verificou é que os casos notificados e classificados como *simples o suficiente* concernem aqueles que não visam promover alterações relevantes na estrutura do mercado.

Exemplo disso são as três principais categorias, vez que haveria, primeiro, a aquisição ou consolidação de controle unitário por empresas que geralmente já detinham participação societária, embora haja casos onde essa aquisição teria sido nova. Em seguida, casos em que já havia participação societária e que houve acréscimo não significativo e, por fim, a mera aquisição de ativos.

IV. CONCLUSÃO

Essa análise quantitativa e semi-qualitativa mapeou e classificou os casos entendidos pela autoridade como *simples o suficiente* para serem analisados sob o procedimento sumário. Embora a análise de ACs seja casuística, dados os inúmeros fatores considerados, esse mapeamento é útil para apresentar como a autoridade vem utilizando o inciso VI da Resolução 02/2012. Em alguma medida, isso serve para orientar os administrados na submissão de atos de concentração.

²² Atos de Concentração 08700.004520/2018-43 e 08700.004455/2018-56.