

Ato de concentração no exterior se submete a regras brasileiras, diz STJ

Enquanto tramita no Legislativo projeto que impõe aprovação prévia de fusões e incorporações pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na Justiça, as empresas tentam postergar a obrigação enquanto ela ainda é posterior ao negócio. A estratégia, no entanto, sofreu uma derrota. A prática de só informar ao Cade quando toda a logística da operação termina foi considerada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao julgar Recurso Especial do Cade contra a General Electric Company, no último dia 8 de junho, a 2ª Turma foi unânime em afirmar que atos que possam prejudicar a concorrência devem ser informados ao conselho em, no máximo, 15 dias depois da formalização contratual, mesmo nos casos de pré-contratos. A discussão era se esse prazo começava a ser contado a partir da assinatura do acordo entre as companhias ou somente quando o negócio estivesse totalmente terminado.

A corte interpretou o artigo 54 da Lei 8.884/1994, a Lei Antitruste, que cria a obrigação para empresas que faturam, por ano, mais de R\$ 400 milhões ou que controlem pelo menos 20% do seu mercado. “O dispositivo não fala em ‘negócio jurídico’ ou ‘contrato’; fala-se unicamente em ‘ato’”, disse o ministro Mauro Campbell Marques em seu [voto-vista](#). “O diploma normativo estipula que qualquer ato de que possa eventualmente resultar prejuízos à livre concorrência deverá ser submetido ao crivo autárquico.” O recurso foi relatado pelo ministro Herman Benjamin.

A explicação é que, “embora em determinado ponto no tempo o contrato preliminar não modifique emblematicamente o estado jurídico dos envolvidos, pode ele, no futuro, promover os citados ‘efeitos substanciais’”, entendeu o ministro Campbell Marques.

Fusão ameaçadora

Foi a compra de uma divisão inteira de turbinas industriais a gás de grande porte que pôs o Cade no encalço da norteamericana GE e da francesa Alstom. Para o Cade, a aquisição foi um ato de concentração que deveria ter sido informado quando as empresas decidiram fechar o negócio, ao assinarem o pré-contrato. A multa por desrespeito ao prazo foi de R\$ 59 mil, mas poderia ter chegado a R\$ 6 milhões.

Segundo o ministro Campbell Marques, o próprio pré-contrato já previa transferência de ativos, o que já teria afetado a concorrência. “Em mercado relevante como o que subjaz à demanda, a estrutura da empresa e os bens dela componentes ganham relevância conjuntural grande”, explicou. “O mercado relevante geográfico, embora mundial, conta com apenas 4 empresas, entre elas a GE a Alstom (...). Se assim é, a transferência de ativo, de *per se*, já seria suficiente para provocar turbulências no mercado.”

De acordo com estudo da Fundação Getúlio Vargas, o domínio no mercado mundial de grandes turbinas a gás é dividido por GE, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi. Em 2003, a GE respondia por 40% do mercado, e a Alstom por 15%.

Antes da operação, GE e Alstom haviam firmado um contrato de financiamento de tecnologia, o que, para o ministro, já era um prenúncio da intenção das empresas em consolidar o ato de concentração. Além disso, segundo ele, quando as empresas comunicaram a operação ao Cade, levaram o pré-contrato e não o contrato principal. “Se empresa estivesse tão certa — como está agora, na via judicial — de que o pré-contrato não vinculava e, assim, não trazia qualquer obstáculo à concorrência, por que, então, submeteu-o ao Cade?”, questionou o ministro.

Defendendo a legalidade da comunicação e contrariando a multa recebida, a GE argumentou que nenhuma das empresas tem subsidiária no Brasil, o que leva o impacto para o exterior, onde as autoridades só exigem que a comunicação seja feita depois. De acordo com elas, a transferência de ativos também não aconteceu no Brasil.

No entanto, o argumento não convenceu. “Pouco importa se as empresas envolvidas têm ou não filial no Brasil, se o contrato preliminar foi ou não avençado no Brasil. Basta, que, em tese, o concerto de concentração possa, sob qualquer perspectiva, impactar o mercado nacional”, disse o ministro.

Análise superficial

O ministro criticou o fato de a primeira instância ter considerado que, como as vendas da GE são feitas por encomenda, sem continuidade, a fusão não causaria mudanças no país. “Não se trata de controle de legalidade da decisão do Cade, mas de verdadeira digressão sobre aspectos de mercado, sobre os quais, salvo melhor juízo, os conselheiros do Cade estão em posição privilegiada de análise e interpretação em relação aos membros do Poder Judiciário (e, aqui, estou fazendo questão de me incluir)”, opinou Campbell Marques.

“Soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de dominação de mercado — como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante —, venha o Judiciário asseverar, de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações técnicas constantes dos presentes autos, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia”, acrescentou. “Só o Cade pode dizer concretamente se o ato deve ou não ser submetido ao seu controle.”

Clique [aqui](#) para ler o voto-vista.

RE 615.628

Date Created

14/06/2010