

---

PARECER - PROCADE

DO MOMENTO DA NOTIFICAÇÃO DOS ATOS DE  
CONCENTRAÇÃO E DA FIXAÇÃO DA MULTA POR  
INTERMPESTIVIDADE

---

*Victor Santos Rufino*



PARECER procade N° /2010.

ATO DE CONCENTRAÇÃO N° 08012.007717/2010-35  
REQUERENTES: PIREU PARTICIPAÇÕES S.A (“PIREU”),  
GAZZAG- SERVIÇOS DE INTERNET LTDA. (“GAZZAG”) E  
ODYSSEUS ENTRETENIMENTO LTDA. (“ODYSSEUS”)

RELATOR: CONSELHEIRO VINICIUS MARQUES DE  
CARVALHO

EMENTA: ATO DE CONCENTRAÇÃO.  
CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE.  
CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA.  
APROVAÇÃO DA OPERAÇÃO SEM  
RESTRICÇÃO.

Senhor Procurador-Geral,

### 1. Da operação

1. Trata-se de aquisição, pela *PIREU PARTICIPAÇÕES S.A* (“*PIREU*”) da maioria do capital social das seguintes empresas *GAZZAG SERVIÇOS DE INTERNET LTDA.* (“*GAZZAG*”) e *ODYSSEUS ENTRETENIMENTO LTDA.* (“*ODYSSEUS*”) por meio de um Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças.

2. A *PIREU* é uma empresa pertencente às Organizações Globo, grupo que desenvolve atividades nas seguintes linhas de negócio: (i) radiofusão; (ii) produção de conteúdo; (iii) transmissão e distribuição de sinais por assinatura; (iv) produção e programação de conteúdo para TV por assinatura; (v) revistas, livros, jornais, edição de CD’s e DVD’s; (vi) serviços de Internet (acesso e conteúdo); (vii) promoções de eventos.

3. A *GAZZAG* e a *ODYSSEUS* são empresas que atuam no segmento de jogos *online* através, respectivamente, dos domínios “The Social Poker” e “Jogatina”, e também em redes sociais como o *Orkut* e o *Facebook*.

4. O conhecimento da presente operação é imposto pelo faturamento da requerente (*PIREU/ORGANIZAÇÕES GLOBO*), por ser superior ao montante estipulado nos termos do §3º, art. 54 da Lei 8.884/94, qual seja, R\$ 400 milhões no ano anterior ao da operação.

### 2 FORMALIDADES NECESSÁRIAS

5. As Requerentes *não* juntaram aos autos as procurações concedidas aos seus representantes legais.

6. O contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças foi acostado no apartado confidencial.

7. Comprovante de recolhimento de taxa à fl. 03.

8. Publicação do Ato de Concentração no Diário Oficial da União de 05.08.2010 sem manifestação de oposição.

9. Considerando a realização da operação na data da celebração do “Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças”, 27.05.2010, e a apresentação em 23.07.2010, verifica-se a *INTEMPESTIVIDADE*, nos termos do art. 54, §4º, da Lei 8.884/94.

### **3. PARECERES**

10. Determinou a SEAE em seu parecer que a operação deve ser aprovada sem nenhuma espécie de restrição.

11. A SDE ratificou os termos do parecer da SEAE.

### **4 DOS EFEITOS DA OPERAÇÃO PARA A CONCORRÊNCIA**

12. A operação ocasionaria uma relação horizontal mínima, uma vez que a Gazzag e a Odysseus possuem sites de jogos na internet e as Organizações Globo atuam de forma pouco significativa neste mercado.

13. Note-se que mesmo adotando uma análise de mercado relevante restritiva (jogos on-line no Brasil) a SEAE apenas identificou uma participação de mercado de apenas 8,65%.

14. Desta forma, não se vislumbra maiores problemas concorrenciais na operação em tela.

15. No que se refere à cláusula de não-concorrência, se limita aos seguintes âmbitos:

### **CONDIFENCIAL**

16. Portanto, a cláusula de não concorrência se adéqua à jurisprudência do CADE.

### **5 DA INTEMPESTIVIDADE**

17. No caso dos autos, foi constatado que a operação em análise foi apresentada intempestivamente. Deveria ter sido notificada até o dia 18/06/2010 e o foi apenas no dia 23/07/2010.

18. Antecipando eventual aplicação de multa por intempestividade, as requerentes apresentam arrazoado (fls. 34/37) defendendo a aplicabilidade, no caso, apenas da multa mínima de 60.000 UFIR prevista no art. 54, § 5º, da Lei 8.884/94.

19. Essencialmente, as partes alegam que a Resolução do CADE nº 44/2007, que atualmente norteia o Conselho no cálculo da multa por intempestividade dentro da faixa legal discricionária de 60.000 a 6.000.000 de UFIR, falha ao não levar em consideração alguns aspectos peculiares a operações de concentração que levaria à possibilidade, em tese, de aplicação de multas desproporcionais.

20. Concretamente, as requerentes argumentam que: (i) a presente operação não apresenta qualquer risco ao ambiente concorrencial, o que já resta constatado pela SEAE e pela SDE; (ii) a intempestividade da apresentação foi irrelevante, uma vez que se circunscreveu a algumas semanas; (iii) o valor da operação foi de apenas R\$ 14.000.108,68 (quatorze milhões, cento e oito reais e sessenta e oito centavos).

21. Disso as partes inferem que não haveria diferença substancial entre analisar o ato algumas semanas antes ou depois (itens “i” e “ii”).

22. Também afirmam que não faz sentido aplicar a multa sem se referenciar ao valor da operação, como o faz a Resolução do CADE nº 44/2007, sob pena de se perder a proporcionalidade da sanção *vis-à-vis* a potencialidade lesiva do ato que levou à sua aplicação.

23. Em outras palavras, sendo o negócio adquirido na operação notificada intempestivamente de menor porte, por definição o ato de não notificá-lo tempestivamente também não teria maior gravidade, de onde seria lícito concluir que a multa não poderia atingir um patamar substancial dentro da faixa de 60.000 a 6.000.000 de UFIR, sob pena de se ofender a razoabilidade e a proporcionalidade que devem guiar a atividade administrativa.

24. Concluem requerendo que seja relativizada, no caso, a aplicação dos critérios da Resolução do CADE nº 44/2007, para que seja fixada a multa no patamar mínimo de 60.000 UFIR.

25. Em princípio, é importante destacar, à guisa de esclarecimento, algumas questões acerca da obrigatoriedade de notificação de concentrações ao CADE, do prazo para sua apresentação, de eventual aplicação de multa por intempestividade decorrente do descumprimento desta obrigação e da aprovação da operação em si, em virtude da verificação posterior, pelo CADE, da inexistência de preocupações concorrenciais decorrentes da mesma.

26. O art. 54, § 3º, estabelece as condições para a notificação obrigatória das concentrações ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

27. Tal norma criou uma presunção de potencial lesividade ao ambiente concorrencial dos atos que preencham alguns dos critérios ali estabelecidos, vale dizer: (a) operação resultante em participação superior a 20% em um determinado mercado relevante ou; (b) faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) de qualquer dos participantes (comprador/vendedor) da operação.

---

1 Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

[...]

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

28. No entanto, a obrigação de apresentação é universal e subsiste para todos aqueles que preencham um dos requisitos descritos no art. 54, § 3º, independente da afirmação posterior da inexistência de efeitos anti-concorrenciais decorrentes da operação.

29. Mais. Com vistas a garantir a efetividade e tempestividade da atuação do CADE no controle das fusões no ambiente concorrencial brasileiro, o art. 54, § 4º<sup>2</sup>, estabeleceu um prazo para apresentação das operações e, em seu § 5º<sup>3</sup>, instituiu sanção pelo seu descumprimento.

30. Como se percebe, a questão da tempestividade da submissão do ato de concentração econômica encontra fundamento no §4º do art. 54 da Lei 8.884/94. É, pois, uma discussão que se coloca antes de qualquer consideração a respeito do mérito da operação, isto é, de saber se o ato merece ou não ser aprovado pelo Poder Público. Caso se chegue à conclusão de que o ato não foi apresentado no prazo legal, impõe-se a aplicação de multa, por força do disposto no §5º do mesmo art. 54.

31. Trata-se, assim, de uma sanção autônoma decorrente de ato administrativo de caráter vinculado que tem por escopo específico punir aquele que não observa o prazo de apresentação do ato de concentração previsto na lei.

32. As requerentes não estão argumentando, no presente caso, que a aprovação da operação acarretaria o afastamento da multa por intempestividade. Elas afirmam que a aprovação da operação seria um fator a inibir o montante da multa, que poderia não estar sendo considerado nos critérios de cálculo da Resolução do CADE nº 44/2007.

33. No entanto, o risco potencial apresentado pelo negócio apresentado não pode ser dissociado do risco concreto do descumprimento da obrigação administrativa por parte do agente econômico legalmente obrigado a apresentá-la.

34. Conforme acima enunciado, a obrigação de apresentar a operação recai sobre os grupos econômicos aos quais pertencem os agentes de mercado que participam da operação.

35. Se um deles atinge um patamar (R\$ 400.000.000,00 de faturamento anual), então a Lei já considera que qualquer ato de concentração por este grupo efetuado deve, por prevenção, ser notificado e analisado pelo CADE.

36. A presunção legal de potencial lesividade em operações que envolvam requerentes que possuam faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 deriva do gigantismo do agente econômico, expresso em seu faturamento.

2 § 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (*Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95*)

3 § 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

37. Presume-se que operações que envolvam agentes econômicos deste porte apresentam maior risco à concorrência e devem ser submetidas ao controle do CADE.

38. Naturalmente, pela mesma linha de raciocínio que levou à criação desta presunção, é possível concluir que a potencialidade lesiva da operação será, ao menos teoricamente, tanto maior quanto maior o faturamento do grupo econômico que estava obrigado a notificar a operação de concentração econômica.

39. Como se está tratando, aqui, de potencial lesivo, é óbvio que a avaliação posterior da operação pelo CADE vai revelar com maior exatidão o nível de preocupação que aquela operação especificamente notificada, ou não notificada, causava.

40. Isso não elide, contudo, a preocupação de ordem geral que nasce do descumprimento da obrigação de apresentar as operações de concentração tempestivamente.

41. Desta forma, no momento<sup>4</sup> de dosar (60.000 a 6.000.000 de UFIR) a sanção pelo descumprimento da obrigação de apresentação tempestiva de atos de concentração deve ser observado, como pedem as requerentes, o risco de lesão concreto da operação apresentada intempestivamente e o tempo transcorrido desde o prazo final para apresentação, mas, também, o risco potencial derivado do descumprimento desta obrigação pelo grupo econômico obrigado.

42. Não fosse assim, a penalidade perderia significativamente a sua capacidade dissuasória frente a infratores cujos movimentos no mercado são potencialmente mais lesivos ao ambiente concorrencial.

43. Foi com base nestas premissas que foi editada a Resolução do CADE nº 44/2007.

44. A Lei estabelece limite máximo e mínimo que são completados pelo juízo do caso concreto. O CADE tem, assim, discricionariedade no momento da fixação da multa.

45. Esta discricionariedade não é absoluta. O art. 27 da Lei 8.884/94, o qual determina critérios para aplicação de penalidades nos ditames da Lei, preconiza que:

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

4 Este momento ocorre conjuntamente com avaliação do mérito do ato de concentração pelo CADE, ou seja, a aprovação/reprovação da operação já é conhecida quando é feita a dosagem da sanção pelo descumprimento da obrigação de apresentar a operação tempestivamente.

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

46. Mesmo com as balizas do art. 27 da Lei 8.884/94, a margem de discricionariedade conferida pelo legislador ao CADE para quantificação da multa (60 mil a 6 milhões de UFIR) é ampla.

47. A Resolução do CADE nº 44/2007 veio para estreitar essa margem, informando paradigmas fundados em critérios objetivos, seguros, preestabelecidos e razoáveis, dando concretude aos princípios da Administração Pública da finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade.

48. O seu texto é curto e consiste no seguinte:

Art. 1º. A multa de que trata o art. 54, § 5º, da Lei 8.884/94 será calculada da seguinte forma:

I - a multa-base é equivalente a 60.000 UFIR acrescidas de 600 UFIR por dia de atraso, a partir do segundo dia;

II - A multa-base será considerada em dobro em caso de reincidência;

III - Nos casos em que a média aritmética dos faturamentos brutos dos grupos a que pertencem os participantes do ato de concentração, no Brasil, no exercício anterior ao da apresentação do ato, exceder R\$ 400.000.000 (quatrocentos milhões de reais), será acrescido à multa-base o equivalente a 0,005% do faturamento médio dos grupos dos participantes, respeitado o limite de 700.000 (setecentas mil) UFIR;

IV - Na hipótese de o ato ser aprovado com restrição, o valor apurado nos termos dos incisos I, II, e III supra, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei n.º 8.884/94, ser majorado em até 50%;

V - Na hipótese de não aprovação do ato, o valor apurado nos termos dos incisos I, II, e III supra, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei n.º 8.884/94, ser majorado de 50% até 100%.

Art. 2º. Em caso de apresentação espontânea do ato de concentração, a multa calculada na forma do artigo 1º supra será reduzida em 30% (art. 27, II, da Lei 8.884/94).

Art. 3º. O valor da multa observará os limites estabelecidos pelo art. 54, §5º da Lei n.º 8.884/94.

Art. 4º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

49. A Resolução em análise atende às preocupações das requerentes expostas nos pontos “i”<sup>5</sup> e “ii”<sup>6</sup>.

5 (i) a presente operação não apresenta qualquer risco ao ambiente concorrencial, o que já resta constatado pela SEAE e pela SDE;

6 (ii) a intempetividade da apresentação foi irrelevante, uma vez que se circunscreveu a algumas semanas;

50. Ela estabelece uma multa base no valor mínimo de 60.000 UFIR (a multa nunca poderia ser menor do que isso) e determina, em seu art. 1º, IV e V, a contrario sensu, que uma operação aprovada sem restrições não poderá sofrer maiores acréscimos.

51. Com base na mesma premissa, determina um acréscimo de 600 UFIR na multa base por cada dia de atraso. Em suma, quanto menor o tempo de atraso, menor a multa base aplicada, até o limite mínimo, que seria aplicável ao caso em que a apresentação intempestiva deu-se no primeiro dia após o fim do prazo de apresentação da operação.

52. Não há na Resolução do CADE n.º 44/2007 disposição especificamente vinculando o valor da multa aplicada ao valor do negócio, como pretendem as partes no item “iii”<sup>7</sup>.

53. Isto porque o valor do negócio, em si, não informa o potencial lesivo da operação. Seria até possível inferir, sem muita precisão, a potencialidade lesiva do negócio a partir do seu valor, mas é preciso recordar que já se tem o potencial lesivo concreto do ato através do julgamento do mérito no mesmo momento em que se dosa a pena.

54. Portanto, a maior ou menor sanção em função da gravidade da operação apresentada intempestivamente – e somente no que se refere a este ponto – deve ser aplicada observando-se a aprovação, aprovação com restrições ou não aprovação da operação, que é um critério muito mais confiável que o valor da operação e isto já é feito, conforme frisado, nos incisos IV e V do art. 1º da Resolução em análise.

55. Com base nessas considerações, não se vislumbra como aceitar a pretensão das requerentes de não incidência Resolução do CADE nº 44/2007 e fixação da multa no patamar mínimo de 60.000 UFIR.

56. Este patamar somente deve ser adotado quando as circunstâncias da operação, em concreto, e o comportamento/porte do grupo econômico que descumpriu a obrigação indicarem o mínimo potencial ofensivo.

## 5 Conclusão

57. Com base nas considerações acima declinadas, opina-se pelo conhecimento e aprovação da operação, ressaltando o ponto abaixo.

58. Esta PROCURADORIA FEDERAL sugere que se solicite às requerentes a apresentação das procurações, no original ou em cópia autenticada por cartório oficial, nos termos do art. 37 do Regimento Interno do CADE.

É o parecer.

Brasília, 31 de agosto de 2010.

*Victor Santos Rufino*  
PROCURADOR FEDERAL

<sup>7</sup> (iii) o valor da operação foi de apenas R\$ 14.000.108,68 (quatorze milhões, cento e oito reais e sessenta e oito centavos).