



Ministério da Justiça - MJ
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
 SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 3º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
 Telefone: (61) 3221-8453 - www.cade.gov.br

Procedimento administrativo para Apuração em Ato de Concentração nº 08700.000631/2017-08

Representante: CADE, *ex officio*

Representados: Rede D'Or São Luiz S.A e GGSH Participações S.A

Advogados: Marcos Exposto, Isadora Postal Telli e outros.

Relatora: Conselheira **Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt**

VOTO

VERSÃO PÚBLICA

EMENTA: Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (APAC). Análise de operação de notificação obrigatória: *aquisição de participação societária*. Resolução nº 13/2015 do Cade. Grupo das partes ultrapassam o patamar de faturamento fixado no art. 88 da Lei nº 12.529/2011.. Infração ao § 3º do artigo 88 da Lei nº 12.529/11: *gun jumping*. ACC. Notificação obrigatória.

1 INTRODUÇÃO

1. Trata-se de **Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração ("APAC")** instaurado *ex officio* pela Superintendência-Geral (SG) em 30.08.2017 para apurar operação não notificada a este Conselho envolvendo a aquisição de participação societária na GGSH Participações S.A. ("GSH") pela Rede D'Or São Luiz S.A. ("Rede D'Or") e pela Opus Saúde Participações S.A. ("Opus"), em 2015.

1.1 Da representante

2. CADE, *ex officio*.

1.2 Dos representados

3. **Rede D'Or São Luiz S.A:** o grupo atua preponderantemente no segmento de cuidados à saúde por meio de empreendimentos médico-hospitalares e clínicas. De modo residual, atua na atividade de planos de saúde e administração hospitalar.
4. **GGSH Participações S.A:** desenvolve atividades de coleta de sangue de doadores, fracionamento e condicionamento de hemocomponentes, reparo e transfusão de hemocomponentes, aférese terapêutica e transfusional, sangria terapêutica e transfusão ambulatorial.

2 DO HISTÓRICO

5. Em **30.01.2017**, a SG solicitou a abertura de APAC (SEI 0296531) para apurar possíveis operações não notificadas ao CADE, envolvendo os representados, em face de informações prestadas no âmbito das notificações dos Atos de Concentração nº 08700.000266/2016-42 e 08700.007555/2016-72.
6. Em **01.02.2017**, foram enviados Ofícios nº 597 (SEI 0297758) e 602 (SEI 0297781) à Rede D'Or e ao Opus Medical solicitando informações a respeito das operações de aquisição de participação societária na GGSH.
7. Em **15.02.2017**, a Rede D'Or e o Opus responderam os ofícios supramencionados (SEI 0305287 e 0305269, respectivamente).
8. Em **19.04.2017**, a SG enviou o Ofício nº 2042 ao diretor da GSH, Sr. Carlos Sauaia, solicitando informações a respeito das operações em comento (SEI 0326664). A solicitação foi respondida em **05.05.2017** (SEI 0333891).
9. Em **30.08.2017**, foi instaurado o presente APAC (SEI 0380153).
10. Em **30.08.2017**, foi enviado Ofício nº 5230 aos representados solicitando manifestação final acerca da não notificação da operação (SEI 0380442).
11. Em **11.09.2017**, os representados apresentaram manifestação final (SEI 0385200).
12. Em **21.06.2018**, a SG exarou a Nota Técnica nº **6/2018/SG-TRIAGEM/SG/CADE (SEI 0490478)**.
13. Em **22.06.2018**, o processo em epígrafe foi distribuído ao meu gabinete, na 172ª SOD.
14. Em **03.08.2018**, os representados apresentaram proposta de Acordo em Controle de Concentração - ACC (SEI 0508482).
15. Em **08.08.2018**, o presente APAC está sendo trazido a julgamento na 127ª SOJ.

3 DA REPRESENTAÇÃO E DA DEFESA

3.1 Da representação da SG

16. O APAC foi instaurado com vistas a apurar se os seguintes atos de concentração são de notificação obrigatória ao CADE:
 - a. Aquisição de 21,23% do capital da GSH pela **Rede D'Or**, em 08.09.2016;
 - b. Aquisição de 43,73% do capital da GSH pela **Opus Saúde**, em 08.09.2016;
 - c. Aquisição de 2,65% do capital da GSH pela **Rede D'Or**, em 19.12.2016;
 - d. Aquisição de 5,3% do capital da GSH pela **Opus Saúde**, em 19.12.2016.

17. No tocante às duas aquisições realizadas pela **Opus Saúde**, a SG concluiu que o faturamento desse grupo foi inferior a R\$ 750 milhões em 2015, ano anterior à operação, portanto, abaixo do requisito legal previsto no inciso II, art. 88 da Lei nº 12.529/2011, o que torna desnecessária a notificação.
18. No tocante às duas aquisições realizadas pela **Rede D'Or**, a SG concluiu que os faturamentos dos dois grupos econômicos envolvidos preenchem os requisitos mínimos fixados no art. 88 da mesma Lei para notificação ao CADE, pois o faturamento do grupo econômico da **Rede D'Or foi superior a R\$ 750 milhões em 2015** (preenchendo, portanto, a condição constante no inciso I) e o grupo **GSH, por sua vez, teve faturamento superior a R\$ 75 milhões em 2015** (preenchendo a condição do inciso II do mesmo artigo)[1]
19. Em suma, a SG concluiu (i) *que a aquisição, pela Rede D'Or, de 21,23% do capital da GSH, em 08/09/2016, se configura em um ato de concentração de notificação obrigatória, que até o momento não foi notificado; e (ii) que houve, de fato, consumação da operação, sem o aval desta autarquia, em desacordo com o art. 88, § 3º, da Lei 12.529, de 2011, do art. 147, §2º, do Regimento Interno do CADE, caracterizando a prática de gun jumping.*"

3.2 Da Defesa

20. Arguem os Representados que, à época da operação (setembro de 2016 e, depois, dezembro de 2016), havia um precedente do CADE de maio de 2015 (Ato de Concentração nº 08700.004799/2015-12) no sentido de que, para fins de cálculo de faturamento, deveria ser considerada a composição de grupo econômico vigente no final do exercício fiscal imediatamente anterior à operação. Nesse sentido, o faturamento do Grupo GSH em 2015 (ano anterior à operação) não deveria incluir o faturamento de empresas que somente passaram a integrar o grupo em 2016. De acordo com essa metodologia, o faturamento do Grupo GSH seria inferior a R\$ 75 milhões, não sendo obrigatória notificação ao CADE.
21. Tenho entendimento diverso dos Representados e corroboro o entendimento da SG.

4 DO MÉRITO

4.1 Da aquisição da GSH pela Opus Saúde

22. O **Opus Saúde** adquiriu 43,73% do capital da GSH, em 08.09.2016, e 5,3% do capital da GSH, em 19.12.2016. Como o faturamento da **Opus Saúde** foi inferior a R\$ 750 milhões no ano anterior à operação, não foram preenchidos os requisitos legais de faturamento mínimo previstos nos incisos I e II do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, **torrando desnecessária a notificação ao CADE.**

4.2 Da aquisição da GSH pela Rede D'Or

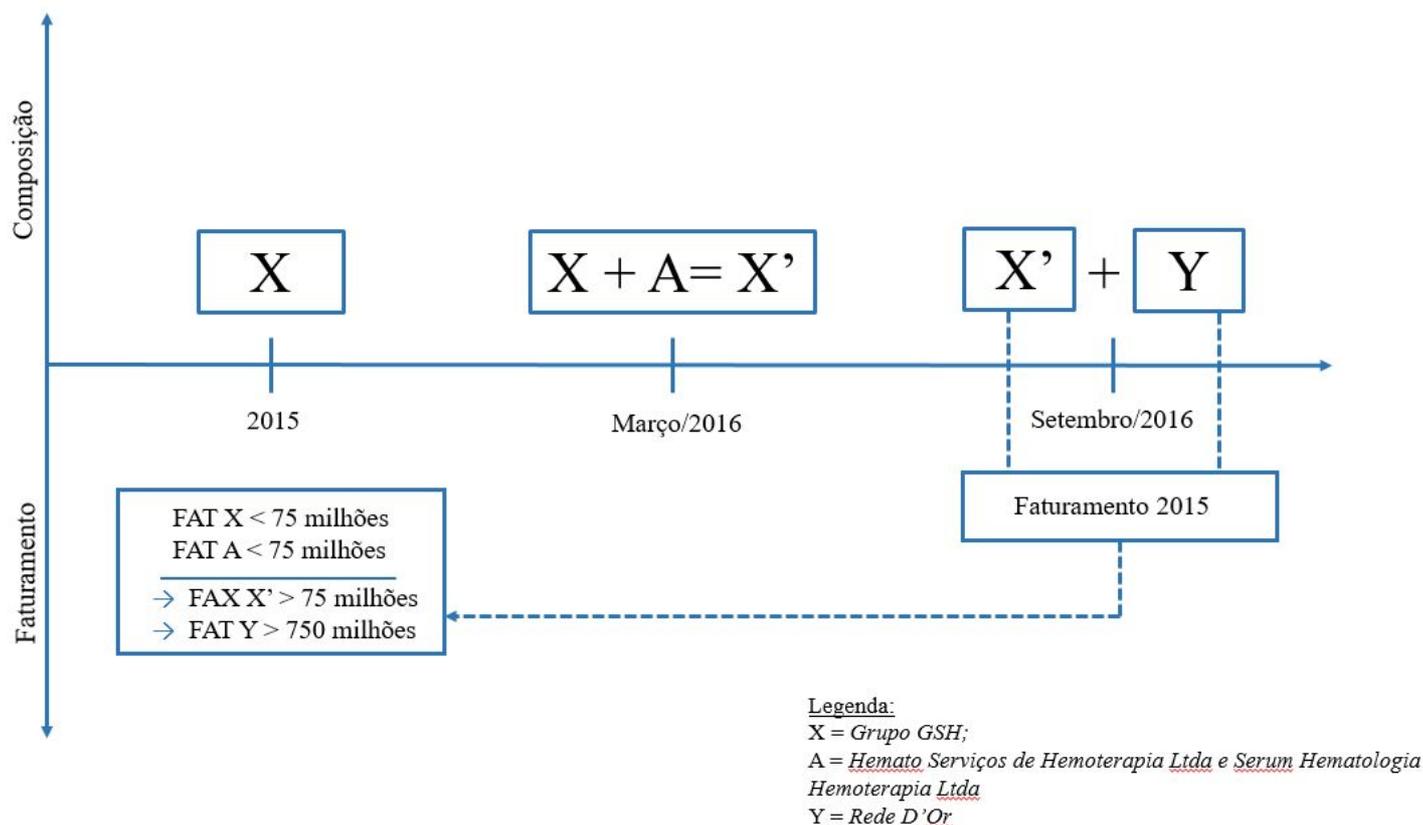
23. A **Rede D'Or** adquiriu 21,23% do capital da GSH, em 08.09.2016, e 2,6% do capital da GSH, em 19.12.2016. A segunda operação, por representar pequeno acréscimo de participação societária, não preenche o requisito previsto no art. 10, inciso II, da Resolução CADE nº 2, não sendo obrigatória a notificação ao CADE. Portanto, o foco do presente APAC consiste na primeira operação.
24. Neste caso, a Rede D'Or registrou faturamento acima de R\$ 750 milhões em 2015, portanto, caberia averiguar se a GSH teve faturamento acima de R\$ 75 milhões naquele mesmo ano. Foi o que aconteceu, como se detalhará melhor adiante, pois o grupo GSH comprou duas empresas em março de 2016, previamente à operação em análise, portanto os faturamentos destas empresas teriam que ser incluídos no cômputo de faturamento do Grupo.
25. *De certo, nos termos do art. 88 da Lei nº 12.529/11, devem ser submetidos ao controle prévio do CADE atos de concentração em que um dos grupos econômicos envolvidos tenha registrado faturamento bruto igual ou superior a R\$ 750 milhões no Brasil (inciso I) e o outro, pelo menos, R\$ 75 milhões (inciso II), no ano anterior à consumação da operação.*

"Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)."

26. **O ponto fulcral diz respeito aos parâmetros adotados para cálculo do faturamento do grupo GSH no ano anterior à operação em análise.** Segundo o cálculo efetuado pelos Representados, o faturamento da GSH foi inferior a R\$ 75 milhões, não sendo exigível notificação ao CADE. **De acordo com meu entendimento, por sua vez, o faturamento do grupo GSH foi superior ao limite legal, sendo, portanto, obrigatória a notificação.**
27. Delimita-se, nos termos do art. 4º da Resolução CADE nº 02/2012[2], **todas as empresas que compunham o grupo GSH na data da operação.** Em setembro de 2016, a composição do grupo GSH abrangia não apenas as empresas que já faziam parte do grupo em 2015, mas também as empresas adquiridas ao longo do ano de 2016 (mais precisamente em março de 2016). Logo, o faturamento da GSH no ano anterior à operação, 2015[3], deve computar o faturamento destas duas empresas também.

Tabela de faturamento das empresas do Grupo GSH [ACESSO RESTRITO AO CADE E AO GRUPO GSH]

28. **Verifique-se que, segundo informações apresentadas pela GSH, as empresas Hemato Serviços de Hemoterapia Ltda. e Serum Hematologia e Hemoterapia Ltda. foram adquiridas pelo Grupo em março de 2016[4].**
29. Considerando-se a composição de empresas pertencentes ao grupo GSH em setembro de 2016, que inclui as empresas incorporadas ao grupo ao longo de 2016 até a data da operação, o faturamento total da GSH, em 2015, é superior ao limite legal de R\$ 75 milhões.
30. Não encontra respaldo na legislação vigente o entendimento adotado pelos Representados de considerar *o faturamento bruto real auferido pela composição do grupo GSH vigente no ano anterior à operação, pois não levou em consideração* o faturamento das empresas adquiridas pelo grupo em 2016 e que, portanto, já faziam parte do mesmo na data da celebração da operação em análise. Corroboro o entendimento da SG de que o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 é claro no sentido de que **a composição dos grupos envolvidos na operação deve ser considerada no momento da operação.** Segue figura ilustrativa.



31. Se fosse adotado o racional dos representados de considerar a formação de grupo no ano anterior à operação, se admitiria uma brecha que afastaria da apreciação do CADE operações de relevância. A título exemplificativo, tomemos uma situação hipotética em que um grupo X, com faturamento inferior a R\$75 milhões em 2015, adquire a Liquigás (faturamento superior a R\$ 75 milhões) em março de 2016, e, adicionalmente, em setembro do mesmo ano, adquire uma empresa Y com faturamento superior a R\$ 750 milhões. Segundo a tese defendida pelos representados, como a Liquigás não fazia parte do grupo X em 2015, o faturamento da Liquigás não seria computado. Por conseguinte, o faturamento do grupo X não atingiria o requisito mínimo da Lei nº 12.529/2011 e a operação não seria notificável ao CADE. Trata-se de um exemplo extravagante que serve para demonstrar a fragilidade desta tese. Não há como sustentar que esta seria a intenção do legislador.
32. Pelo *exposto*, conclui-se que a operação em comento satisfaz a previsão normativa contemplada no art. 88 da Lei nº 12.529/11, consubstanciando ato de concentração de notificação obrigatória ao CADE.

4.3 Consumação da operação: infração de *gun jumping*

33. A operação em análise foi consumada em 08.09.2016 e até o presente momento não foi notificada ao CADE, portanto, gera efeitos há 1 ano e 11 meses sem a devida aprovação prévia.
34. Configurada a prática de *gun jumping*, há previsão legal de sanções nos termos do art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011, do art. 10 da Resolução CADE nº 13/2015 e do art. 152 do Regimento Interno do CADE:

Art. 88, § 3º da Lei nº 12.529/2011. “Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei”.

Art. 10 da Resolução CADE nº 13/2015. Em atenção aos critérios previstos no art. 88, § 3º, da Lei 12.529, de 2011, o Tribunal Administrativo do Cade poderá decidir:

I – pelo arquivamento do APAC, nos termos desta Resolução; ou

II – pela notificação do ato de concentração, caso em que também poderá decidir:

pela aplicação de pena de multa pecuniária, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais);

III - pela nulidade dos atos que se subsumirem ao disposto no caput do artigo 88 da Lei 12.529/2011, quando consumados antes de apreciados pelo Cade;

IV - pela abertura de processo administrativo, nos termos do artigo 69 da Lei 12.529/2011.

Art. 152 do RICADE O Cade poderá impor multa às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da operação de submissão obrigatória, em desacordo com o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do Art. 147, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529, de 2011.

35. Assim, compete ao Tribunal do CADE decidir dentre as seguintes medidas: (1) notificação do ato de concentração; (2) multa pecuniária; (3) nulidade dos atos consumados; (4) abertura de processo administrativo.

4.4 Acordo em Controle de Concentração (ACC)

36. Em 03.08.2018, os representados protocolaram proposta de ACC (SEI 0508482) em que: (1) reconhecem a consumação antecipada da operação, (2) estipulam contribuição pecuniária no valor de R\$ 700 mil, como se detalhará a seguir, (3) se comprometem a notificar a operação.
37. O cálculo da contribuição pecuniária se baseou em dois critérios que serão detalhados a seguir. Como, para operações consumadas desde o advento da Lei nº 12.529/2011, não há um Guia ou Roteiro a ser seguido, o primeiro critério foi verificar se os valores da multa esperada (que seria cobrada em caso de não ter sido feito um ACC, em que é contemplado um desconto) e da correspondente contribuição pecuniária em relação ao Valor da Operação guardavam proporcionalidade em relação a valores de contribuições pecuniárias estipuladas em outros ACCs de natureza similar. Conforme levantamento realizado

pelo Conselheiro Paulo Burnier (SEI 0156197), nota-se que o percentual médio verificado entre contribuição pecuniária e o valor da operação em ACCs firmados desde o advento da Lei nº 12.529/2011 é próximo [ACESSO RESTRITO AO CADE], tendo grande variabilidade, de [ACESSO RESTRITO AO CADE]. No presente caso, os percentuais da multa esperada e da contribuição pecuniária ficaram em [ACESSO RESTRITO AO CADE] do valor da operação, respectivamente, abaixo da média, mas dentro dos limites verificados.

38. Como segundo critério, foram considerados os requisitos elencados no art. 45 da Lei nº 12.529/11, a saber:

(i) **Gravidade, consumação ou não da operação:** A consumação de uma operação notificável antes da análise do CADE constitui uma infração de natureza grave por si só, pois põe em xeque todo o sistema de defesa da concorrência brasileiro. No caso em análise, o AC não foi notificado e foi consumado sem notificação, portanto trata-se da hipótese mais grave de infração, de acordo com a gradação sugerida pelo Guia do CADE. Além disso, há que se considerar que já decorreu um ano e 11 meses desde a consumação da operação e a mesma ainda não foi notificada pelos representados.

(ii) **Grau de lesão ou perigo de lesão e vantagem auferida:** Segundo os representados, trata-se de uma operação que acarreta integração vertical, não sendo o caso de sobreposição horizontal. Como a operação ainda não notificada ao CADE e não há, portanto, decisão do CADE a respeito do mérito da operação, não é possível precisar seu potencial anticompetitivo [5], portanto não será considerado como atenuante ou agravante.

(iii) **Duração da infração:** A operação foi consumada em 08 de setembro de 2016, sendo, portanto, o termo inicial da infração. Como a mesma ainda não foi notificada ao CADE, considera-se que a infração se perpetua até presente data, totalizando aproximadamente 1 ano e 11 meses.

(iv) **Situação econômica do infrator:** Nos autos do processo, constam informações acerca dos faturamentos dos representados no ano anterior à operação, as quais evidenciam que se tratam de grupos econômicos de porte consideráveis, com capacidade de pagamento.

(v) **Reincidência:** Não há reincidência.

(vi) **Boa-fé:** Os representados afirmam que a operação não foi notificada tempestivamente em razão de metodologia de cálculo de faturamento distinto do adotado pelo CADE certa vez. Mesmo que se considere que havia dúvida razoável acerca da obrigatoriedade de notificação, isso não exime os representados, de, em caso de dúvida, submeter por precaução a operação para análise do CADE ou formular questionamento sobre o tópico.

39. Dito isto, a proposta de contribuição pecuniária no valor de R\$ 700.000,00 está em linha (1) com os critérios de dosimetria previstos na legislação vigente, (2) com os valores de contribuições pecuniárias estipulados em ACCs análogos celebrados desde a edição da Lei nº 12.529/2011.

40. Aproveito para sugerir que uma nova Resolução seja elaborada, nos moldes da Resolução nº 44/2007, com a finalidade de balizar e harmonizar a cobrança de multa em sede de APAC no tocante a operações consumadas sob a vigência da Lei nº 12.529/2011,

41. Tendo em vista a definição de contribuição pecuniária e que a operação será devidamente notificada ao CADE, entendo que não há elementos que justifiquem a necessidade ou proporcionalidade de determinar a abertura de processo administrativo e/ou decretar a nulidade da operação em análise.

5 DISPOSITIVO

42. Ante o exposto, voto pela aprovação do ACC proposto pelas Representadas, que abrange (1) a obrigação de notificação da operação ao CADE, em até 30 dias; e (2) o pagamento de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) a título de contribuição pecuniária, a ser paga em até 30 dias a contar da data de publicação no DOU da homologação.

É o Voto.

Brasília, 08 de agosto de 2018

[assinatura eletrônica]

CRISTIANE ALKMIN JUNQUEIRA SCHMIDT

Conselheira-Relatora

[1] Especificamente no tocante ao cálculo do faturamento do grupo GSH, a SG incluiu o faturamento em 2015 das empresas adquiridas pelo grupo em março de 2016 e que, portanto, já integravam o grupo no momento da operação. Segundo a SG, “**a composição dos grupos envolvidos na operação deve ser considerada no momento da operação, para fins de cálculo do faturamento, computando-se, no entanto, o faturamento das empresas integrantes dos respectivos grupos no ano anterior à pretendida operação**”.

[2] Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências.

[3] Conforme dados apresentados pela GSH (SEI 0333891).

[4] SEI 0333891.

[5] Registre-se que, no âmbito do AC nº 08700.001287/2018-47, referente à compra pela Rede D'Or de ações ordinárias representativas de 11,89% do capital social da GGSH, a SG (Parecer 72) entendeu tratar-se de operação enquadrada, nos termos do art. 8º da Resolução Cade nº 2/2012, como sendo de baixa participação de mercado com integração vertical e recomendou a aprovação por rito sumário.



Documento assinado eletronicamente por **Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Conselheiro(a)**, em 10/08/2018, às 15:53, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0510773** e o código CRC **18E5311E**.