



Ministério da Justiça - MJ
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 2º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8445 - www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA Nº 6/2018/SG-TRIAGEM/SG/CADE
PROCESSO Nº 08700.000631/2017-08
NATUREZA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO
REPRESENTANTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (EX OFFICIO)
REPRESENTADAS: REDE D'OR SÃO LUIZ S.A. E GGSH PARTICIPAÇÕES S.A.
ADVOGADOS: Marcos Exposto, Isadora Postal Telli e outros.

EMENTA: Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração. Resolução nº 13/2015 do Cade. Análise de operação de notificação obrigatória: *aquisição de participação societária*. Lei nº 12.529/2011. Grupo das partes ultrapassam o patamar de faturamento fixado na lei. Infração ao § 3º do artigo 88 da Lei nº 12.529/11: *gun jumping*. Parecer pela obrigatoriedade de notificação da operação e pelo envio do processo ao Tribunal do CADE.

VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração ("APAC") instaurado por esta Superintendência-Geral, após tomar conhecimento de operação de 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").
2. Em 30 de janeiro de 2017, a Coordenação-Geral de Análise Antritruste 5 solicitou a abertura de denúncia de ato de concentração destinada a apurar possível operação não notificada a este Conselho, envolvendo a Rede D'Or e a GSH, em face das informações prestadas nas notificações dos Atos de Concentração nº 08700.000266/2016-42 e 08700.007555/2016-72. Desta forma, foi aberto o procedimento nº 08700.000631/2017-08, visando investigar alterações no capital social da GSH.
3. Iniciada a instrução, foram enviados os seguintes Ofícios às empresas supracitadas, com o fim de obter esclarecimentos sobre a realização de operação de aquisição de participação societária na GSH: 597/2017 (0297758), 602/2017 (0297781), 2042/2017 (0326664) e 5230/2017 (0380442).
4. Em resposta aos referidos ofícios, a Rede D'Or informou que realizou duas operações de aquisição de participação societária na GSH: (i) em 08/09/2016, a Rede D'Or adquiriu 21,23% do capital social da GSH; e (ii) em 19/12/2016, a Rede D'Or aumentou sua participação no capital social da GSH para 23,88% do capital social. Além disso, a Rede D'Or afirmou que as operações não foram notificadas ao CADE, uma vez que o grupo econômico da GSH não teria atingido o valor de faturamento de R\$ 75 milhões, não se enquadrando no disposto no art. 88, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, apenas o Grupo Rede D'Or auferiu faturamento superior a R\$ 750 milhões, no Brasil (em cumprimento ao requisito constante no inciso I do mesmo dispositivo legal).
5. Por sua vez, a Opus Saúde esclareceu que adquiriu 43,73% de participação societária na GSH, em 08/09/2016, e, posteriormente, aumentou sua participação na GSH para 49,03%, em 19/12/2016. Também a Opus Saúde defendeu que as referidas operações não constituiriam atos de concentração de notificação

obrigatória ao CADE, considerando que tanto o grupo econômico da Opus Saúde quanto o da GSH não alcançaram faturamento de R\$ 75 milhões, no Brasil, em 2015.

6. Por fim, o Sr. Carlos Gama Sauaia informou que era o único acionista que detinha o controle unitário na GSH até 07/09/2016 e que, à época da operação, detinha participação acima de 20% em outras quatro empresas. A soma do faturamento de todas as empresas nas quais a GSH e o Sr. Carlos Gama Sauaia detinham participação societária em 07/09/2016, incluindo a própria GSH, totalizou R\$91.485.527,68, em 2015 (ano anterior às duas operações retromencionadas, envolvendo a GSH). Acerca da divergência de valores, considerando que a Rede D'Or e a Opus Saúde haviam informado que o faturamento do grupo econômico da GSH teria sido inferior a R\$ 75 milhões, em 2015, o Sr. Carlos Gama Sauaia justificou que, nas respostas aos ofícios anteriores, foi considerada a configuração do Grupo GSH considerando o ano de 2015, ou seja, "*empresas adquiridas durante o ano de 2016 não tiveram os respectivos valores de faturamento contabilizados*".

7. Diante dos fatos narrados, e seguindo o procedimento previsto na Resolução Cade nº 13/2015, foi instaurado o presente APAC, em 30 de agosto de 2017, conforme o Despacho 1267/2017 da Superintendência-Geral, para apurar eventual preenchimento dos critérios previstos no art. 88, da Lei 12.529/11, e art. 147, do Regimento Interno do CADE.

8. Em manifestação final, as representadas ressaltaram que foram consideradas parte do grupo econômico da GSH todas as empresas nas quais a GSH detinha controle ou participação societária acima de 20%, direta ou indiretamente, na data de 31/12/2015, no Brasil, tomando por fundamento entendimento firmado no Ato de Concentração nº 08700.004799/2015-12. Assim, as empresas reiteraram que as operações envolvendo a GSH não eram de notificação obrigatória, segundo a legislação pertinente.

9. É o relatório.

II. ANÁLISE DAS OPERAÇÕES EM APURAÇÃO

10. A presente análise se destina a verificar se as seguintes alterações no capital social da GSH se configuraram em atos de concentração de notificação obrigatória ao CADE, à luz da Lei nº 12.529/11:

- aquisição de 21,23% do capital da GSH pela Rede D'Or, em 08/09/2016;
- aquisição de 43,73% do capital da GSH pela Opus Saúde, em 08/09/2016;
- aquisição de 2,65% do capital da GSH pela Rede D'Or, em 19/12/2016; e
- aquisição de 5,3% do capital da GSH pela Opus Saúde, em 19/12/2016.

11. As referidas operações serão avaliadas nas seções a seguir, segmentadas com base nas empresas envolvidas nas transações.

II.1. Operações envolvendo GSH e Opus Saúde

12. Conforme determinado nos incisos I e II, do art. 88, da aludida lei, são de submissão obrigatória ao CADE os atos de concentração nos quais um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto igual ou superior a R\$ 750 milhões, no Brasil, e o outro grupo relacionado à operação tenha alcançado R\$ 75 milhões de faturamento, no Brasil, em ambos os casos no ano anterior à operação.

13. As aquisições de capital social realizadas pela Opus Saúde ocorreram no ano de 2016, mais precisamente em 08/09/2016 e 19/12/2016.

14. De acordo com as partes, o faturamento do grupo econômico da Opus Saúde, nos termos do art. 4º da Resolução CADE nº 02/2012, foi de (ACESSO RESTRITO), em 2015. Portanto, o faturamento desse grupo ficou abaixo do requisito legal de R\$ 75 milhões no ano anterior à operação.

15. Da mesma forma, ainda que GSH tenha integrado o Grupo da Rede D'Or após 08/09/2016 (e, portanto, pertenceria a um grupo com faturamento superior a R\$ 750 milhões), a aquisição de 5,3% do capital social da GSH pela Rede D'Or, reitera-se que o faturamento do grupo da Opus Saúde não atingiu o patamar de R\$ 75 milhões, no ano anterior a operação, tornando desnecessária a notificação do aumento da participação na GSH.

16. Dessa forma, conclui-se que as aquisições de participação societária da GSH, realizadas pela Opus Saúde, não cumprem o requisito legal disposto no inciso I, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011, na medida em que nenhum dos grupos envolvidos alcançou faturamento bruto de R\$ 750 milhões, em 2015.

II.2. Operações envolvendo GSH e Rede D'Or

17. Tal como as operações acima, as duas transações realizadas pela Rede D'Or se deram no ano de 2016, nas mesmas datas que as operações realizadas pela Opus Saúde.

18. Conforme apurado na instrução do caso, o grupo econômico da Rede D'Or teve faturamento de (ACESSO RESTRITO), no ano de 2015. Em razão de ultrapassar o patamar de faturamento de R\$ 750 milhões, no Brasil, verifica-se o preenchimento da condição constante no inciso I, do art. 88, da mencionada lei.

19. Em relação ao grupo da GSH, as partes defenderam que o referido grupo seria configurado conforme as participações societárias detidas na data de 31/12/2015, desconsiderando duas empresas adquiridas pela GSH em março de 2016. Segundo elas, tal metodologia encontra respaldo em precedente de maio de 2015 (Ato de Concentração nº 08700.004799/2015-12), *"no qual validou-se o entendimento de que, para fins de cálculo de faturamento, o grupo econômico deveria ser considerado como no final do exercício fiscal imediatamente anterior à operação"*, pois *"se não fossem consideradas para fins de cálculo de faturamento as empresas que deixaram de ser parte do grupo entre 31.12.2014 e a data da operação, a notificação [daquele ato] não seria obrigatória. Ainda assim, o CADE conheceu o referido ato de concentração e o aprovou sem restrições"*.

20. Apesar disso, as representadas reconhecem que, em novembro de 2016, este Conselho apresentou entendimento no sentido de considerar o grupo econômico, para fins de cálculo do faturamento, no momento da operação e não no exercício fiscal anterior à operação, conforme fundamentado nas decisões dos Atos de Concentração nº 08700.007471/2016-39 e 08700.007317/2016-67. Porém, as referidas empresas justificaram que esse posicionamento ocorreu após a consumação das primeiras operações (firmadas em 08/09/2016) e não seria possível a aplicação retroativa de interpretação nova à situações anteriores, em referência ao disposto no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999.

21. Não há qualquer disposição legal ou normativa indicando o momento a ser considerado para configuração de grupo, para fins de cálculo de faturamento. No entanto, aplicando-se a interpretação sistemático-teleológica, pode-se intuir que a caracterização do grupo pertinente ao controle de concentrações pela autoridade antitruste brasileira deve ser realizada no momento de formalização da operação, uma vez que a Lei nº 12.529/2011 atribui como marco para a avaliação do controle dos atos de concentrações o protocolo da petição de notificação ou sua emenda (conforme disposto no art. 88, § 2º, do referido diploma), a ser realizado, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes, nos termos do art. 147, § 1º, do Regimento Interno do CADE.

22. Ademais, o controle de estruturas segue essencialmente uma análise casuística e baseada na estrutura dos grupos envolvidos, com o fito de apurar os prováveis efeitos decorrentes das relações societárias e contratuais entre entes integrantes de grupos com ou sem controle comum, não havendo fundamento para se considerar uma composição de grupo pretérita e/ou que não subsiste, sobretudo no tocante ao cálculo do faturamento requerido pela lei, sob pena de se comprometer a análise antitruste, por sopesar uma situação que carece de fundamentação fática. Assim, a sistemática trazida pela Lei nº 12.529/2011 reforça o entendimento de que a configuração do grupo deve ser observada no momento da operação, sendo necessário haver nexos causal entre os elementos pertinentes à análise concorrencial.

23. A única referência na lei à observância ao ano anterior à operação se restringe apenas ao faturamento das partes envolvidas. Tal disposição possui fundamento no fato de que as empresas não possuem faturamento consolidado em qualquer período do ano, mas tão somente com o encerramento do exercício fiscal, que, em regra, ocorre em 31 de dezembro de cada ano. Em virtude disso, o faturamento bruto disponível dos grupos envolvidos no momento da operação é apenas o referente ao exercício fiscal anterior, não sendo possível indicar ou prever o faturamento bruto anual no ano que sequer se encerrou e seria desarrazoado e arbitrário requerer essa informação, sobretudo para fins de notificação da operação. Portanto, a exigência de dados referente ao ano anterior deve ser aplicada de forma restritiva às hipóteses previstas na lei ou nos atos normativos.

24. Para além disso, considerar a formação de grupo no ano anterior à operação levaria ao absurdo de operações envolvendo empresas e fundos constituídos exclusivamente (como veículo de investimento) para realização da transação serem consideradas isentas do controle antitruste, sem qualquer ponderação sobre os controladores e grupos que se valeram de tal estrutura para efetivar a operação, em afronta aos fins visados pela Lei nº 12.529/2011, notadamente no que concerne à atribuição do CADE de prevenção às práticas anticoncorrenciais e ao abuso do poder econômico.

25. Destaca-se que as representadas não apresentaram fundamentos que sustentem posição contrária (ou seja, argumentos que embasem a tese de que a composição de grupo se verifica no ano anterior à operação). As representadas se limitaram a indicar que esse entendimento teria amparo na decisão do Ato de Concentração nº 08700.004799/2015-12.

26. Todavia, no caso citado pelas representadas sequer houve questionamento acerca do conhecimento do referido ato pelas partes em razão da composição do grupo e tampouco este Conselho realizou uma análise de conhecimento enfrentando esse aspecto.

27. Ademais, a decisão neste processo é um caso isolado e que não enfrentou a situação mencionada pelas representadas, que destoa dos entendimentos firmados nos demais precedentes deste Conselho, de tal modo que, nos Atos de Concentração nº 08700.007471/2016-39 e 08700.007317/2016-67, por exemplo, esta Superintendência tratou da caracterização dos grupos, para fins de cálculo do faturamento e registrou que o grupo econômico deve ser considerado no momento da operação. Recentemente este Conselho reiterou esse posicionamento no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.007525/2017-47.

28. Mesmo avaliando a jurisprudência deste Conselho anterior a operação em apuração, é possível encontrar diversos precedentes nos quais a composição de grupo foi considerada no momento da operação, como por exemplo nos Atos de Concentração nº 08700.006637/2014-38, 08700.003523/2014-36, 08700.010832/2013-81, 08700.007214/2013-54, 08700.007026/2013-26, 08700.006108/2013-53 e, em particular, nos casos 08700.009945/2014-15, 08700.000925/2014-89, 08700.011002/2013-71, 08700.008382/2012-86. Em face disso, não há que se falar em retroatividade de nova interpretação, como alegado pelas representadas.

29. Portanto, 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, em obediência ao disposto nos incisos I e II, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011.

30. Nestes termos, considerando que o grupo econômico da GSH à época da operação, conforme constante no art. 4º, da Resolução CADE nº 02/2012, totalizou faturamento de (ACESSO RESTRITO), em 2015, constata-se que o faturamento do grupo da GSH ultrapassou o patamar de R\$ 75 milhões, no ano anterior à operação, enquadrando-se no disposto no inciso II, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011. Assim, conclui-se que a operação de aquisição de 21,23% do capital da GSH pela Rede D'Or, formalizada em 08/09/2016, se caracteriza em um ato de concentração de notificação obrigatória.

31. Por outro lado, a aquisição de 2,65% do capital social da GSH pela Rede D'Or, realizada em 19/12/2016, não se constitui em um ato de notificação obrigatória, uma vez que tal acréscimo de participação societária não cumpre os requisitos de *minimis* fixados no art. 10, inciso II, alínea b, da Resolução CADE nº 02/2012^[1], em face da participação adquirida ficar abaixo do percentual de 5% do capital social, a despeito dos faturamentos detidos pelas partes.

32. Por todo o exposto, fica evidente a flagrante violação: ao artigo 88, §3º, da Lei 12.529/11, que veda a consumação da operação antes de ser notificada e apreciada pelo CADE, no tocante à entrada da Rede D'Or no capital social da GSH; ao §4º do mesmo artigo, que assevera que as condições de concorrência entre as empresas envolvidas devem ser preservadas até a decisão final da operação; e ao art. 147, §2º, do Regimento Interno do CADE, que assevera que as partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a aprovação final do AC, sendo vedadas quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

III. CONCLUSÃO

33. Por todo o exposto, esta Superintendência conclui: (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*.

34. Portanto, a conduta apurada no presente APAC se enquadra no inciso II do art. 1º da Resolução CADE nº 13/2015 (i.e., caracteriza-se um ato de concentração não notificado e consumado antes de apreciados pelo CADE) e, nos termos do art. 9º, §5º, da Resolução 13/2015 recomenda-se que este APAC, bem como os documentos e informações referentes à extensão da consumação, seja enviado ao Tribunal Administrativo deste Conselho para deliberação, com recomendação desta Superintendência-Geral pela aplicação das sanções

legais cabíveis, haja vista a constatação da violação ora descrita, considerando, ainda, a obrigatoriedade de notificação da referida operação.

35. Adicionalmente, nos termos dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 9º da Resolução 13/2015:

§3º. O APAC será distribuído, por sorteio, a um Conselheiro Relator, em até 48 (quarenta e oito) horas após a decisão da Superintendência-Geral do Cade.

§4º. O APAC será, independentemente de pauta, levado em mesa para julgamento pelo Plenário do Tribunal Administrativo do Cade em até duas sessões ordinárias de julgamento após a sua distribuição a um Conselheiro Relator.

36. Por fim, entende-se que não são de notificação obrigatória as seguintes alterações de capital social da GSH: (i) aquisição, pela Opus Saúde, de 43,73% do capital da GSH (08/09/2016); (ii) aquisição, pela Opus Saúde, de 5,3% do capital da GSH (19/12/2016); e (iii) aquisição de 2,65% do capital da GSH pela Rede D'Or (19/12/2016).

Estas as conclusões.

Encaminhe-se ao Sr. Superintendente-Geral.

[1] Nos termos do art. 10, inciso II, alínea b, da aludida resolução, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de participação societária cuja aquisição, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou sócia da adquirida (tendo o adquirente atuação horizontal ou verticalmente relacionada ao mercado da empresa objeto).



Documento assinado eletronicamente por **Ednei Nascimento da Silva, Coordenador(a)**, em 21/06/2018, às 17:23, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Mário Sérgio Rocha Gordilho Júnior, Coordenador(a)-Geral**, em 21/06/2018, às 17:28, 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 **0490478** e o código CRC **B4077DFD**.