

PARTE 1 - CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

1. O CADE NO BANCO DOS RÉUS: ANÁLISE DE LIMITES E EFICÁCIA DA REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES EM ATO DE CONCENTRAÇÃO E DE INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA EXPERIÊNCIA EUROPEIA

1. CADE ON TRIAL: ENFORCEMENT AND LIMITS TO THE JUDICIAL REVIEW OF DECISIONS IN MERGER CASES COMPARED TO THE EUROPEAN COMPETITION AUTHORITY'S PRACTICE

Isabela Pannunzio; Julia Braga e Thaiane Abreu

Resumo: Este artigo analisou decisões judiciais que revisaram a forma ou o mérito de decisões administrativas emitidas em atos de concentração pelo Cade. O artigo discute o fato de que a revisão judicial de decisões em ato de concentração é situação análoga ao controle de concentração *a posteriori*, e discute a capacidade de *enforcement* de decisões relativas a operações já consumadas. Por fim, o artigo analisa a experiência da jurisdição comunitária europeia em comparação com a prática brasileira para entender em que medida os instrumentos lá utilizados podem ser úteis.

Palavras-chave: revisão judicial, concentração econômica, ato de concentração, controle de estruturas.

Abstract: This article analyzed judicial decisions that reviewed the form, or the merit of administrative decisions issued by CADE in merger cases. The article discusses the fact that the judicial review of merger cases is a situation similar to *a posteriori* merger control, and it discusses the enforcement of decisions related to transactions that have already been closed. Finally, the article analyzes the experience of European Union in comparison with Brazilian practice to understand to what extent the instruments used therein can be useful in the Brazilian practice.

Key words: judicial review, economic concentration, concentration act, merger control.

1. Introdução

A revisão judicial de decisões emitidas por autoridades da concorrência é alvo de um debate recorrente em jurisdições ao redor do mundo. Se, por um lado as decisões tomadas por estes órgãos são intrinsecamente complexas – seja pelo tema “refinado”, pouco conhecido pelos membros do judiciário, por sua complexidade, ou pelos argumentos eivados de análises econômicas -, por outro, a revisão judicial de qualquer ato ou decisão de um órgão estatal deve ser garantida pela lei de uma sociedade democrática.

No Brasil, recentes acontecimentos trouxeram este debate à tona novamente. Em 18.03.2021, foi exarada uma decisão monocrática em agravo de instrumento que determinou a suspensão do ato de concentração proposto entre a Bunge Alimentos S.A. e a Imcopa – Importação, Exportação e Indústria de Óleos S.A., após 2 meses do trânsito em julgado na seara administrativa. Além disso, a decisão estipulou que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) reanalisasse a operação considerando um estudo técnico apresentado por uma associação que não havia sido habilitada como terceira interessada no processo administrativo no Cade.

Este trabalho se propõe a estudar o controle judicial de decisões administrativas tomadas pelo Cade, especialmente no que tange a atos de concentração. Para tanto, o primeiro capítulo tratará sobre a possibilidade e os limites da revisão judicial das decisões proferidas pelo Cade, apresentando um panorama sobre decisões já tomadas pelo judiciário que tenham se debruçado (ou não) na análise de mérito concorrencial em processos de atos de concentração relacionadas a este assunto, bem como questiona a legitimidade para ajuizar uma ação judicial em face a uma decisão da autoridade da concorrência brasileira.

O segundo capítulo analisa as possibilidades e revisão de julgamentos do Cade a partir de três cenários diferentes, considerando que o sistema de controle de estruturas brasileiro foi alterado com a entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Anteriormente à entrada em vigor deste diploma, as partes envolvidas em uma operação de notificação obrigatória ao Cade poderiam notificá-la em até 15 dias após a sua consumação. Com a nova lei, a consumação prévia passou a ser uma infração, já que tal norma determina que as partes notifiquem o ato de concentração antes da consumação. Também são analisadas decisões emitidas na vigência da nova lei que, em caráter excepcional, analisaram

operações já consumadas. Com isso se pretende entender a capacidade de *enforcement* de decisões *a posteriori*, que seria o caso de decisões oriundas de determinação judicial de revisão da decisão do Cade.

Por fim, o terceiro capítulo traz o direito comparado para que sejam observadas as semelhanças e diferenças do controle judicial brasileiro com o cenário na União Europeia. Esta seção explicará o contexto do sistema de controle de estruturas europeu, bem como indicará os critérios e limites do controle judicial nesta jurisdição, além de trazer perspectivas relacionadas à legitimidade e institutos inéditos relacionados a este assunto.

Ao final, conclui-se que ferramentas do direito europeu poderiam ser implementadas na experiência brasileira para promover segurança jurídica em relação à análise de atos de concentração, condizente com o dinamismo dos mercados e da atividade empresarial, bem como para assegurar mecanismos de compensação que errônea e injustificadamente prejudiquem as partes.

2. O controle judicial das decisões do Cade: há limites?

A tutela objeto do direito da concorrência no Brasil pode ocorrer sob duas formas distintas: no âmbito do Poder Executivo, por meio de atos administrativos do Cade e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); e no âmbito do Poder Judiciário, por meio da atuação dos tribunais. Nesse cenário, é corrente a discussão sobre a atuação do Poder Judiciário, em especial sobre a possibilidade da revisão judicial das decisões administrativas proferidas pelo Cade e, na hipótese de ser possível, a abrangência que tal revisão pode tomar.

Por ser entidade da Administração Pública indireta, na forma de autarquia federal, o Cade possui as suas atribuições previstas na Lei de Defesa da Concorrência, tendo como missão zelar pela livre concorrência no mercado e sendo responsável por disseminar e fomentar a cultura da livre concorrência, bem como por investigar e decidir, em última instância, sobre práticas anticompetitivas. Decisões proferidas pelo Cade não comportam revisão no âmbito administrativo, sendo promovida a sua execução imediatamente após o trânsito em julgado da decisão da autoridade.

São três os principais argumentos levantados para defender a possibilidade de revisão judicial das decisões do Cade. O primeiro deles é justamente a aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição, que estabelece a possibilidade de revisão, por via de recurso, das decisões

proferidas contra cidadãos. O direito ao recurso seria, além de garantia fundamental, importante meio político de controle dos atos estatais e necessário para que se observe o devido processo legal e os princípios basilares de qualquer regime democrático¹. A revisão judicial seria, portanto, uma salvaguarda do cidadão contra eventuais abusos ou enganos cometidos pelo Poder Executivo².

Um segundo argumento diz respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as decisões tomadas no âmbito administrativo, extraído do inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal. Sob essa perspectiva, entende-se que o direito de ação é um direito público subjetivo e autônomo do cidadão, ou seja, que existe por si só e independe da existência do direito material. Ademais, somente o Poder Judiciário é capaz de dizer o direito com força de coisa julgada, de modo a compor definitivamente a lide entre as partes interessadas³. Somado ao dispositivo constitucional, a própria Lei de Defesa da Concorrência estabelece, em capítulo destinado a tratar sobre o direito de ação, que indivíduos prejudicados poderão ingressar em juízo para obter a “cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos”.

Já o terceiro argumento cinge o fato de o processo administrativo conduzido pelo Cade ser um processo administrativo sancionador, que visa apurar responsabilidades e, se for o caso, aplicar penalidades por infrações administrativas praticadas tanto por pessoas físicas quanto jurídicas. Entende-se ser relevante, portanto, a possibilidade de verificação da presença dos elementos de legalidade e do efetivo cumprimento das garantias constitucionais, em especial se considerado que eventuais práticas anticompetitivas analisadas pelo Cade configuram, também, ilícitos penais.

¹ A despeito de se encontrar expressamente previsto na Constituição Federal, há corrente de doutrinadores que consideram o direito ao recurso como princípio constitucional autônomo (GRINOVER, 2005, p. 75).

² FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 157.

³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 169.

Nesse contexto, é inequívoca a possibilidade de controle judicial das decisões proferidas no âmbito administrativo pelo Cade⁴. A grande discussão, em verdade, refere-se aos limites de tal revisão, em especial porque o Cade é um órgão altamente especializado, que analisa temática complexa e, por vezes, demasiadamente técnica. A questão que se coloca, portanto, é entender se é possível que o Poder Judiciário reveja a decisão do Cade somente no que diz respeito a vícios de legalidade ou se pode adentrar ao mérito administrativo e reavaliar se eventual prática investigada configura ou não infração à ordem econômica, nos termos da Lei de Defesa da Concorrência.

A doutrina há tempos discute a questão. Paula Forgioni⁵ entende que “todas as causas antitruste podem ser levadas à apreciação dos magistrados” e que a correta interpretação do sistema jurídico brasileiro permite concluir que não há qualquer limitação para a revisão das decisões tomadas pelas autoridades antitruste. No contraponto, Isabel Vaz⁶ defende que o mérito das decisões do Cade não poderia ser objeto de revisão judicial em razão da especialidade do órgão de defesa da concorrência, ficando o Poder Judiciário restrito a uma revisão sob o aspecto formal. Carvalho Filho⁷, na mesma linha, entende que “embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador”.

A possibilidade de o Poder Judiciário rever o mérito da decisão proferida pelo Cade já vem sendo debatida pelo Poder Judiciário há anos. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento consolidado é no sentido de que “as decisões do Cade não fogem à regra da ampla revisão pelo Poder Judiciário, quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundidade da cognição), em homenagem à cláusula de inafastabilidade inserida no art. 5º, XXXV, da CF”⁸.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51.

⁵ FORGIONI, *op cit.*, p. 156.

⁶ VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a Aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Estudos em homenagem ao ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷ CARVALHO FILHO, *op cit.*, p. 54.

⁸ REsp 1.181.643/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 20.05.2011.

Em 2019, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma⁹. No caso analisado pelo STF, tratava-se, na origem, de uma ação ordinária ajuizada pela Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. (Cascol), objetivando a anulação da decisão proferida pelo Cade no âmbito de processo administrativo que condenou empresas do setor de combustíveis pela prática de cartel e criação de barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustíveis.

Insatisfeitas e contrariadas com o resultado do processo administrativo instaurado pelo Cade, a Cascol ajuizou ação anulatória que, após alguns anos, deu ensejo ao julgamento proferido pelo STF sobre a controvérsia acerca da possibilidade (ou não) de o judiciário poder rever, no mérito, decisão da autoridade antitruste. Ao analisar a questão, a 1ª Turma, por unanimidade, entendeu não ser possível a revisão do mérito administrativo da decisão do Cade pelo STF, destacando que a seara regulatória atrai questões que demandam tratamento especializado e qualificado e que o Judiciário teria dever de deferência às decisões técnicas em razão da (i) falta de conhecimento técnico e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias; e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e à dinâmica regulatória administrativa. Sendo assim, o STF concluiu que o “controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte”.

O julgamento do caso pelo STF, portanto, reconhece um certo grau de imunidade da decisão do Cade, na medida em que prestigia a análise técnica da autoridade antitruste, sem afastar a possibilidade de revisão quanto aos requisitos do ato administrativo, tais quais a competência, finalidade, forma, objeto e motivação – em observância aos princípios da inafastabilidade jurisdicional e do devido processo legal, constitucionalmente previstos. Certo é que a decisão tomada pela 1ª Turma do STF não finda a discussão, embora seja um precedente e uma sinalização importante sobre o tema.

Feitos esses comentários acerca da possibilidade (e limites) relacionados à revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade, fato é que há muitas ações judiciais ajuizadas em face do Cade, para discutir

⁹ RE 1083955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 07.06.2019. O processo transitou em julgado em 25.08.2020.

tanto processos administrativos que apuram práticas anticompetitivas quanto atos de concentração econômica. Com relação à judicialização por agentes privados de decisões proferidos pela autoridade antitruste, só em 2020 foram ajuizadas 72 novas ações¹⁰. Já no que tange ao resultado das ações que discutem processos administrativos, no ano de 2020 as decisões do Cade em processos de apuração de conduta foram confirmadas pelo Poder Judiciário em 54,91% dos casos¹¹.

O foco desse artigo é avaliar os desafios envolvidos na revisão judicial de decisões do Cade, com especial interesse em processos de ato de concentração econômica. Sendo assim, serão apresentados a seguir casos que ilustram de que forma a análise concorrencial realizada pela autoridade antitruste brasileira tem sido contestada pelos agentes privados no âmbito do Poder Judiciário, bem como conclusões sobre o *enforcement* da revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade.

2.1. Revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade no âmbito de processos de atos de concentração econômica

Preenchidos os requisitos de notificação obrigatória estabelecidos na Lei de Defesa da Concorrência, a operação deverá ser previamente notificada ao Cade para avaliação sobre seus potenciais efeitos no mercado brasileiro. Após detida análise de custos e benefícios ao consumidor, o Cade poderá decidir pela aprovação sem restrições, pela aprovação com restrições ou, ainda, pela reprovação da operação, proibindo que ela se concretize em razão dos seus potenciais efeitos deletérios no mercado. A decisão proferida pelo Cade é final e irrecurável. Assim, seria reservado ao Poder Judiciário, no papel de titular da jurisdição, eventual análise acerca da legalidade ou ilegalidade da decisão.

Ocorre que a análise dos atos de concentração submetidos à apreciação do Cade é complexa, perpassando pela definição do mercado relevante e pela análise de rivalidade, de probabilidade do exercício do

¹⁰ Vide apresentação realizada pelo Procurador-Chefe do Cade Walter de Agra Júnior, de título “Controvérsias na revisão judicial de decisões do Cade, ao Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/483/Walter_Agra.pdf. Acesso em 30.04.2021.

¹¹ Anuário do Cade, edição de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2020>. Acesso em 30.04.2021.

poder econômico e de eventuais eficiências específicas decorrentes da operação. A avaliação de uma operação, portanto, envolve a análise de seu impacto a fim de verificar em que medida o grau de concorrência existente poderá ser reduzido¹². Somada à importância da análise técnica e cuidadosa do Cade em relação aos potenciais efeitos da operação no mercado nacional - que é do interesse não apenas das partes diretamente envolvidas no ato de concentração, como também da própria coletividade -, o fator tempo também é de essencial importância, visto o caráter extremamente dinâmico dos mercados. É nesse contexto que se colocam os casos apresentados a seguir.

2.1.1 Decisões sem revisão do mérito concorrencial de atos de concentração

Ao se buscar por ações judiciais envolvendo discussões relacionadas ao controle de decisões proferidas pelo Cade no âmbito de processos de atos de concentração, nota-se que a ampla maioria das discussões levadas ao Judiciário não diz respeito ao mérito da operação, mas, sim, a aspectos relacionados à aplicação de multa por intempestividade, por exemplo¹³.

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) proferiu decisão interessante no âmbito do Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000¹⁴. Em 18.03.2021, o Desembargador Souza Prudente proferiu decisão monocrática deferindo parcialmente o pedido formulado pela Associação Brasileira da Indústria do Distrito Federal (CERVBASIL) nos autos de ação ajuizada contra o Cade. Em síntese, o Desembargador determinou a suspensão dos efeitos da decisão do Tribunal do Cade que aprovou, em 04.11.2020, o ato de concentração proposto entre a Bunge Alimentos S.A. (Bunge) e a Imcopa – Importação, Exportação e Indústria de Óleos S.A. (Imcopa)¹⁵ e ordenou

¹² FORGIONI, *op cit.*, p. 412.

¹³ Como metodologia de pesquisa, foi utilizado o termo “‘ato de concentração’ E cade” no sistema de pesquisa processual do TRF-1, sendo selecionadas todas opções de pesquisa, quais sejam, acórdãos, súmula, arguições e decisões monocráticas, de fonte tanto do TRF-1 quanto da JEF1. Como resultado, em 01.05.2021, foram identificados 72 acórdãos e 29 decisões monocráticas, todos analisados.

¹⁴ Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, DJe 19.03.2021.

¹⁵ Ato de Concentração nº 08700.002605/2020-10 (Requerentes: Bunge Alimentos S.A, Imcopa – Importação, Exportação, e Indústria de Óleos S.A.), aprovado sem

que os estudos técnicos apresentados pela CERVBASIL nos autos do ato de concentração fossem “devidamente examinados” pelo Cade.

Mais especificamente, a CERVBASIL explica que não teria se habilitado nos autos do ato de concentração na qualidade de terceira interessada porque teria tomado conhecimento da operação apenas após o prazo de 15 dias da publicação do edital já ter transcorrido (i.e., prazo de requerimento de habilitação), mas que, de toda forma, teria apresentado nos autos do ato de concentração uma manifestação expressando as suas preocupações relacionadas à operação e estudo econômico sobre o mercado. A CERVBASIL alega que tanto a Superintendência-Geral (SG) quanto o Tribunal do Cade teriam deixado de considerar os argumentos apresentados pela associação quando da análise do caso e que já seria possível verificar dano ao consumidor decorrente da operação, em razão de suposto aumento do preço do óleo de soja.

Ao deferir parcialmente o pleito, o Desembargador destacou (i) a existência de sensível aumento de preço dos produtos produzidos/comercializados pelas partes envolvidas na operação, em detrimento do interesse do consumidor final; e (ii) o fato de o Cade não ter analisado detidamente o estudo técnico apresentado pela associação, independentemente da sua habilitação como terceiro interessado. Como resultado da decisão, o Cade foi intimado e, após recomendação da Procuradoria Especializada junto ao Cade, em 26.03.2021, o Presidente Alexandre Barreto ordenou que fossem adotadas providências no sentido de dar conhecimento às partes e tornar pública a decisão do TRF-1, bem como que a SG avaliasse os argumentos apresentados pela CERVBASIL no referido estudo técnico¹⁶.

Nota-se que, no caso em questão, o Judiciário não adentrou ao mérito da decisão proferida pelo Cade, na medida em que não houve análise valorativa da manifestação e estudo técnico apresentados pela associação. A decisão, em verdade, limitou-se a impor ao Cade a obrigação de expressamente avaliar os argumentos levantados pela CERVBASIL no âmbito do processo administrativo, assegurando os princípios do contraditório e do devido processo legal. Embora não tenha

restrições em 4.11.2020, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani. Em síntese, A operação analisada cingia a aquisição de duas unidades produtivas da Imcopa pela Bunge, localizadas nos municípios de Araucária/PR e Cambé/PR. O ato de concentração transitou em julgado em 17.11.2020.

¹⁶ *Status* do caso na data de conclusão deste artigo (19.07.2021).

revisado o mérito concorrencial da operação, ao ordenar a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo Cade, é certo que a decisão pode gerar incertezas no mercado, em especial se considerado que a previsibilidade e o fator tempo são de grande relevância no contexto de atos de concentração.

Além das questões relacionadas à legítima expectativa dos agentes econômicos, vale notar que há grandes dificuldades envolvidas no efetivo cumprimento de uma decisão desse teor. Isso porque o trânsito em julgado da decisão de aprovação sem restrições da operação pelo Cade ocorreu em novembro de 2020, o que autorizou as partes a fecharem definitivamente a operação. Em outras palavras, após o transcurso de meses da efetiva incorporação dos ativos objeto da operação, como, na prática, suspender os efeitos da decisão do Cade?

Outro ponto que merece atenção diz respeito à própria legitimidade para a propositura da ação judicial cujo objeto cinge a revisão de decisões em atos de concentração. Se o bem jurídico tutelado pela ação é a ordem econômica e a proteção de direito difuso, a via adequada para tal é a propositura de ação civil pública por um dos entes indicados no rol taxativo da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Ações anulatórias propostas por entidades privadas, que apresentam interesses essencialmente particulares, podem não ser a opção para se discutir potenciais efeitos de uma determinada operação no mercado, em especial porque eventual prejuízo será absorvido pela coletividade, e não por um indivíduo em específico.

2.1.2 Decisões em que houve revisão do mérito concorrencial de atos de concentração

Há situações em que o Poder Judiciário analisou, de fato, o mérito da decisão proferida pelo Cade em atos de concentração. Exemplo disso é a Ação Popular ajuizada pela Senadora Federal Soraya Vieira Thronicke em face da Vale S.A. (Vale), da Ferrous Resources Limited (Ferrous) e do próprio Cade¹⁷. A ação tem por objetivo suspender a decisão proferida pelo Tribunal do Cade que aprovou a aquisição da Ferrous pela Vale até que a Vale comprovasse o cumprimento de medidas de *compliance* ambiental, à luz do princípio da função social da

¹⁷ Ação Popular nº 1015425-06.2019.4.01.3400, Juíza Federal Substituta da 5ª Vara SJDF Diana Wanderlei, DJe 10.07.2019.

empresa¹⁸. Alega-se que a autoridade antitruste falhou ao não analisar eventual impacto ambiental da operação e que a aquisição resultaria em enormes riscos ao meio ambiente e às comunidades adjacentes, em especial em razão do rompimento das barragens de Brumadinho/MG e de Mariana/MG nos últimos anos.

Após tecer comentários sobre a importância do *compliance* ambiental e recomendações proferidas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ao Brasil, em 06.11.2019, a Juíza Federal Substituta da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal proferiu decisão expressamente condicionando a aprovação da compra da mineradora Ferrous pela Vale à apresentação de *compliance* ambiental, que deveria ser aprovado pela União e pela Advocacia-Geral da União. Até a aprovação do programa de *compliance* ambiental da Vale, determinou-se que “não seria possível a mineradora efetivar nenhuma medida de aquisição da Ferrous” e que, se em 30 dias a Vale não apresentasse ao juízo os documentos que demonstrassem que a empresa estaria tomando medidas nesse sentido, a aquisição seria “de plano anulada”.

O Cade, no entanto, não chegou a ser intimado da decisão. Isso porque tanto a Vale quanto a Ferrous interpuseram agravo de instrumento em face da decisão proferida em primeira instância, que foram deferidos pelo TRF-1. Válido notar que, assim como no caso que discutiu a operação entre a Bunge e a Imcopa, a decisão proferida pelo Poder Judiciário ocorreu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão proferida pelo Cade. Sendo assim, para além do debate acerca da possibilidade (ou não) de o Judiciário rever as decisões da autoridade antitruste no mérito, o cumprimento desse tipo de decisão pode ser bastante complicado, em especial porque os negócios das partes podem já ter sido completamente combinados.

Em outra situação, o Poder Judiciário revisou decisão proferida pelo Cade no tocante à condenação solidária da Dow Agrociences Industrial Ltda. e da Monsanto Company¹⁹ ao pagamento de multa por

¹⁸ Processo no 08700.007101/2018-63 (Requerentes Vale S.A. e Ferrous Resources Limited), aprovada sem restrições em 08.07.2019, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Maurício Bandeira Maia.

¹⁹ Ato de Concentração de nº 08012.01.2392/2007-15 (Requerentes: Dow Agrociences Industrial Ltda. e Monsanto Company), aprovado sem restrições em 28.11.2007, nos termos do voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz.

apresentação intempestiva de ato de concentração²⁰. A operação cingia um acordo de cooperação empresarial para fins de pesquisa de biotecnologia a ser desenvolvido nos Estados Unidos e que, segundo as partes, não teria efeitos no Brasil. O Cade, por outro lado, argumentou que o mercado objeto do acordo teria dimensão mundial, de forma que qualquer alteração das relações concorrenciais poderia resultar em efeitos no Brasil.

Após tecer comentários sobre os requisitos para que um ato de concentração seja considerado como de notificação obrigatória no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência, bem como sobre acordos de cooperação empresarial, a 5ª Turma do TRF-1 entendeu, por unanimidade, que o contrato de colaboração firmado nos Estados Unidos, onde estariam localizados os ativos para o desenvolvimento da pesquisa, não seria de notificação obrigatória porque não teria o potencial de produzir efeitos no Brasil. O voto condutor do acórdão afirma que “se o negócio jurídico e sua execução não vão ocorrer em território brasileiro, a apresentação não é obrigatória porque o ato tem que ser ao menos em tese potencialmente lesivo ao mercado nacional”, e indica que, mesmo “na hipótese de se entender existir um mercado de tecnologia mundial, um mero acordo de cooperação para desenvolvimento da tecnologia conjunta não significa alteração no mercado de tecnologia, porque a tal inovação tecnológica que se busca não existe ainda, se é que vai existir”. Dessa forma, o TRF-1 decidiu pela nulidade da decisão do Cade por considerar que não há de se falar em punição por intempestividade se não havia obrigatoriedade de notificação da operação ao controle prévio da autoridade.

Ao reavaliar a potencialidade dos efeitos da operação no território nacional para fins de aferição sobre se o ato de concentração deveria ter sido submetido à análise prévia do Cade, é evidente que o Poder Judiciário adentrou ao mérito da decisão administrativa, estabelecendo, por exemplo, novos parâmetros de análise referentes à definição do mercado relevante envolvido. Como era de se esperar, o Cade interpôs recurso especial em face da decisão que entendeu pela nulidade da multa por intempestividade. O recurso ainda se encontra pendente de juízo de admissibilidade pelo TRF-1²¹.

²⁰ Apelação Cível nº 2008.34.00.011433-3/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene de Almeida, Quinta Turma, DJe 13.08.2012.

²¹ *Status* do caso na data de conclusão deste artigo (01.05.2021).

3. A análise a posteriori a partir da revisão judicial das decisões em atos de concentração

A decisão exarada pelo Desembargador Souza Prudente no Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000 não modificou a decisão do Cade em relação à operação analisada no ato de concentração entre Bunge/Imcopa²², mas determinou a reanálise de seus potenciais efeitos pela autoridade concorrencial à luz dos estudos técnicos²³ apresentados pela Agravante ao juízo. A partir disso, caso a pretensão da Agravante²⁴ de ver revertida, ou pelo menos alterada, a decisão do Cade seja atendida, a autoridade antitruste e as partes da operação em análise estarão em situação análoga àquela imposta pela Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994 (Antiga Lei de Defesa da Concorrência)²⁵: a de incorporar remédios, ou mesmo desfazer o negócio, após a sua implementação.

Nesse sentido, a eficácia de uma nova decisão a ser tomada pelo Cade pode ser analisada a partir da experiência da autoridade antitruste em três cenários, análogos a situações em que é determinado judicialmente o reexame de decisão do Cade: (i) operações reprovadas sob a vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência.; (ii) operações consumadas antecipadamente sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência, em que houve determinação de implementação de

²² Ato de Concentração nº 08700.002605/2020-10 (Requerentes: Bunge Alimentos S.A, Imcopa – Importação, Exportação, e Indústria de Óleos S.A.), aprovado sem restrições em 4.11.2020, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani. Em síntese, A operação analisada cingia a aquisição de duas unidades produtivas da Imcopa pela Bunge, localizadas nos municípios de Araucária/PR e Cambé/PR. O ato de concentração transitou em julgado em 17.11.2020.

²³ Até o momento, não está publicamente disponível o material denominado “estudos técnicos” mencionado na decisão, que teria sido apresentado pela Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CERVBRASIL).

²⁴ Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CERVBRASIL).

²⁵ Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que em seu artigo 54 determinava a notificação de Atos de Concentração até 15 dias úteis após a sua realização.

“Artigo 54, da Lei nº 12.529/2011: 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. § 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.”

remédios ou de desfazimento da operação já implementada sem autorização do Cade; e (iii) operação analisada sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência em que foi determinado o desfazimento do negócio após a sua implementação por descumprimento de Acordo em Controle de Concentração (ACC).

A análise da experiência da autoridade concorrencial permite contemplar os caminhos, os desafios e, principalmente, a eficácia de decisões que determinam a implementação de medidas após a conclusão das concentrações.

3.1. Deslocamento do momento da análise concorrencial na Nova Lei de Defesa da Concorrência

As mudanças trazidas para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) pela Nova Lei de Defesa da Concorrência em 2011 são diversas. No entanto, é especialmente relevante a alteração do controle de concentrações, ou seja, da implementação da análise prévia das concentrações econômicas. Do ponto de vista prático, a alteração implica na necessidade de notificar a autoridade concorrencial antes mesmo de celebrar operações que alterem a estrutura dos mercados, e aguardar a sua decisão final para a implementação do negócio. A mudança impacta diretamente a capacidade de *enforcement* do Cade, uma vez que a autoridade deixa de lidar com situações já consumadas e tem maior facilidade na implementação de suas decisões.

Na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência, o Cade enfrentava o desafio de encontrar soluções viáveis para mitigar preocupações concorrenciais em operações já implementadas – ou seja, precisava encontrar formas de implementar remédios ou mesmo desfazer operações quando já havia, na realidade fática, confusão entre o patrimônio e as atividades das participantes da concentração.

A Nova Lei de Defesa da Concorrência inaugurou uma nova era para o *enforcement* do direito concorrencial. A análise prévia dos atos de concentração garantiu a eficácia das decisões do Cade, uma vez que se tornou desnecessária a preocupação com efeitos já produzidos pela concentração no momento da decisão do Cade sobre a operação. A Nova Lei de Defesa da Concorrência garantiu que as operações fossem revisadas pelo SBDC em até 240 dias, prorrogáveis por mais 90 dias, para garantir às partes o direito de implementar negócios em prazo razoável, de forma a não inviabilizar a atividade empresarial. Assim, ao mesmo tempo em que a alteração da Lei de Defesa da Concorrência foi

capaz de garantir o *enforcement* das decisões da autoridade concorrencial em sede de concentração, ela também garantiu previsibilidade e segurança jurídica às partes.

Em especial, a alteração legislativa deu solução ao “problema dos ovos mexidos”, ou seja, da confusão patrimonial e de atividades das partes da operação, de forma que todos os ativos e atividades permanecem independentes até o trânsito em julgado da decisão administrativa que autorizou a concentração.

Em casos excepcionais, no entanto, como aquele afetado pela decisão do Desembargador Souza Prudente no Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000, as partes se veem em situação muito semelhante à da análise *a posteriori* dos atos de concentração que vigia sob a égide da Antiga Lei de Defesa da Concorrência. Nesses casos, tanto as partes como a autoridade concorrencial enfrentam desafios na implementação de uma decisão que quer reverter efeitos já produzidos.

Nesse sentido, a notificação de atos de concentração à autoridade antitruste constitui ato de jurisdição voluntária, ainda que compulsória, e qualquer intervenção na atividade empresarial a partir dessa análise é anômala e deve ser excepcional. Ainda, para a imposição de remédios – ou mesmo para a reprovação de operações – a intervenção precisa (i) ser efetiva, (ii) ter custos limitados ao mínimo necessário para a autoridade, (iii) estar subscrita aos mercados relevantes em que forem identificados problemas concorrenciais, (iv) ter alocação eficiente, no caso de ativos-objeto de remédios, e serem destinados ao comprador que mais os valorizem; (v) produzir efeito dissuasório (*deterrence effect*)²⁶ e (vi) no caso de imposição de remédios, ter transparência na negociação, com identificação clara das preocupações e das motivações para adoção ou rejeição de propostas²⁷.

3.2. *Análise da viabilidade de implementação de decisões em Atos de Concentração na Antiga Lei de Defesa de Concorrência*

Para entender efeitos potencialmente produzidos pela decisão do Desembargador Souza Prudente no Agravo de Instrumento nº 1006561-

²⁶ O efeito dissuasório se refere à influência exercida pelos sinais que a autoridade envia para o mercado, por meio de suas decisões, nas ações futuras dos agentes econômicos.

²⁷ Cabral, Patricia S., Mattos, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade *in* Revista de Defesa da Concorrência, 2016.

23.2021.4.01.0000, é necessário retomar a prática da análise concorrencial *a posteriori*. Decisão diversa da aprovação sem restrições em um novo julgamento pelo Cade do Ato de Concentração nº 08700.002605/2020-10 precisará ser implementada considerando uma situação fática já consumada. Assim, a análise do controle de estruturas *a posteriori* auxilia na compreensão dos possíveis caminhos que podem ser adotados pelo Cade.

Foram analisadas as operações entre Nestlé e Garoto e entre a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e Usiminas, atos de concentração emblemáticos que continuam em discussão pelo Cade (e por vezes pelo poder judiciário) que continuam a produzir efeitos diversos daqueles pretendidos nas decisões da autoridade concorrencial.

3.2.1 Nestlé/Garoto

A dificuldade na implementação de decisões que determinam o desfazimento de operações já consumadas e o dilema do retorno à situação anterior ao fechamento do negócio pode ser ilustrada por um caso emblemático julgado na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência: a compra da Garoto pela Nestlé, reprovada pelo Cade em fevereiro de 2004. Nesse caso, o Cade enfrentou desafios no *enforcement* de sua decisão, que foi seguida por uma longa disputa judicial, descrita resumidamente a seguir.

A operação de compra da Garoto pela Nestlé²⁸ foi apresentada ao Cade pelas partes em março de 2002, um mês depois de sua implementação. Ainda em março de 2002, o Cade firmou com as partes um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)²⁹,

²⁸ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 (Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A.), reprovada em 04.02.2004, nos termos do voto do Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade.

²⁹ O Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) foi inspirado por solução encontrada para o Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 que analisou a fusão das companhias Antártica e Brahma. O procedimento foi amplamente utilizado na vigência da Lei 8.884/94, em que a análise dos Atos de Concentração era feita *a posteriori*, mas ainda é aplicável sob a vigência da Lei 12.529/2011 em caso de aprovação precária e liminarmente de operações pelo Conselheiro Relator, conforme previsto no art. 59, § 1º da Nova Lei de Defesa da Concorrência. Vide STRAUBE, Adriana L.C.; Acordos Administrativos no Direito Concorrencial Brasileiro *in* Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática. Grupo Almedina, 2020.

procedimento cautelar *ad hoc* criado pelo Cade na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência que impunha restrições às partes com o objetivo preservar o resultado útil do processo e mitigava os problemas da análise *a posteriori* (SHAPIRO, 2017). Depois de quase 2 anos de análise, em fevereiro de 2004, o Cade decidiu reprová-la em função de seus potenciais efeitos negativos decorrentes do alto nível de concentração nos mercados de chocolates de todas as formas e coberturas de chocolate³⁰.

A Nestlé contestou a decisão de reprovação da operação perante o TRF-1 e teve sua pretensão atendida quando, em 30.05.2005, foi deferido o pedido liminar de suspensão da determinação do Cade de desinvestimento integral dos ativos da Garoto pela Nestlé. Em 16.05.2007 foi proferida decisão em primeira instância pelo TRF-1, que aprovou automaticamente a operação entre Nestlé e Garoto por entender que havia “decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”³¹. A decisão de aprovação automática foi reformada em 09.09.2009 pela 5ª Turma do TRF-1, mais de 7 anos depois da submissão da operação ao Cade. A decisão reformada anulou apenas o julgamento, pelo Cade, do pedido de reapreciação apresentado pela Nestlé, e determinou a realização de novo julgamento desse feito. A decisão da 5ª Turma do TRF-1 foi contestada pela Nestlé em sede de embargos infringentes.

Em 16.12.2015, mais de 11 anos após a decisão de reprovação da operação pelo Cade, a Nestlé apresentou à autoridade concorrencial proposta de solução não contenciosa³², que consistia na alienação de ativos (especialmente marcas) da Garoto com o objetivo de reduzir sua participação de mercado e mitigar preocupações concorrenciais. Durante todo o período, a Nestlé jamais alienou os ativos da Garoto em cumprimento à decisão proferida pelo Cade em 2004.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) emitiu parecer favorável à adoção das medidas propostas pela Nestlé no âmbito

³⁰ A decisão de reprovação da operação foi confirmada em 05.10.2004, após análise de pedido de reapreciação apresentado pelas partes.

³¹ Decisão proferida em 16.05.2007 nos autos do processo nº 2005.34.00.015042-8 pelo Juiz Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara Federal do Distrito Federal.

³² Vide Requerimento nº 08700.003861/2016-30 (pedido extraordinário de reapreciação do AC nº 08012.001697/2002-89).

da solução não contenciosa³³. O Tribunal Administrativo do Cade também foi receptivo à proposta apresentada pela Nestlé, e decidiu dar continuidade à solução não contenciosa com o objetivo de alcançar um acordo que resultasse em desinvestimentos que resultassem na mitigação das preocupações concorrenciais relacionadas à atuação da Nestlé nos mercados afetados pela operação. No entanto, em 28.10.2018, foram julgados e desprovidos os embargos infringentes opostos pela Nestlé. Assim, prevaleceu a decisão da 5ª Turma do TRF-1 que determinou novo julgamento do pedido de reapreciação apresentado pela Nestlé ao Cade, o que resultou no encerramento do processo de solução não contenciosa sem pronunciamento de mérito.

Com o objetivo de cumprir a decisão do TRF-1, o então Presidente do Cade Alexandre Barreto de Souza exarou, em 18.06.2021, Despacho que ordenou a nova instrução do Ato de Concentração pela SG. A decisão se baseou na baixa probabilidade de reversão da decisão judicial, na demora para conclusão do litígio, nos prejuízos decorrentes do alongamento do processo judicial e na possibilidade de que as condições de mercado tenham se alterado significativamente, o que possibilitaria um novo desfecho para a análise³⁴.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (PFE-Cade) informou que não foi intimada da decisão do TRF-1 que determinou novo julgamento do pedido de reapreciação apresentado pela Nestlé ao Cade, e destacou que tal decisão não transitou em julgado. A precariedade da decisão poderia afetar as decisões tomadas pelo Cade caso a determinação fosse executada imediatamente. Assim, pende a resolução dessas questões para que seja eventualmente iniciada a reanálise do Ato de Concentração, que mesmo reprovado pelo Cade continua a produzir efeitos.

A análise da operação Nestlé/Garoto demonstra a dificuldade no *enforcement* de uma decisão tomada após a consumação de uma concentração. Passados 17 anos, a decisão de reprovação da operação ainda não teve eficácia, que não pôde ser garantida de maneira efetiva

³³ Nota Técnica nº 16/2016/DEE/Cade, apresentada nos autos do Requerimento nº 08700.003861/2016-30 (pedido extraordinário de reapreciação do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89).

³⁴ Vide Despacho Ordinatório nº 1/2021/UCD-PRES/PRES/Cade nos autos do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 (Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A.).

mesmo com medida cautelar tomada pelo Cade durante a instrução do caso (o APRO firmado poucos dias depois da notificação da operação). Nesse caso, a já acentuada dificuldade em separar os ativos e as atividades das partes após o fechamento do negócio foi exacerbada pelas sucessivas revisões judiciais, que permitiram a manutenção dos ativos da Garoto pela Nestlé.

Na prática, a operação, mesmo reprovada pelo Cade, continua a produzir efeitos nos mercados afetados, que teve redução de 3 para 2 *players* com atuação relevante. Hoje, o único concorrente capaz de rivalizar com a Nestlé é a Mondelez, que detém a marca Lacta e outros rótulos.

3.2.2 CSN/Usiminas

De maneira similar ao que ocorreu no caso Nestlé/Garoto, o Cade encontrou dificuldades no *enforcement* de decisão tomada na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência que impôs remédios estruturais para a aprovação da aquisição, pela CSN, de participação na Usiminas³⁵. O Cade condicionou a aprovação da operação ao desinvestimento, pela CSN, de um lote de ações em determinado lapso temporal. Além disso, o Cade impôs, por meio de Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”)³⁶ restrições aos direitos políticos da CSN na Usiminas, ainda que a adquirente goze do pleno exercício de seus direitos patrimoniais³⁷.

Desde a aprovação da operação, a CSN requereu sucessivas prorrogações do prazo para alienação do lote de ações, conforme previsto no TCD. Até o momento, 7 anos após o julgamento pelo Tribunal do Cade, a obrigação de alienação do lote de ações ainda não foi cumprida pela CSN. Além disso, em caráter excepcional, a CSN solicitou ao Cade permissão para exercer os direitos políticos que detém na Usiminas em Assembleia Geral Ordinária em que foi eleito novo Conselho de

³⁵ A aquisição se refere a ações que não integram o bloco de controle da Usiminas.

³⁶ A possibilidade de firmar TCD está prevista no art. 58 da Lei 8.884/2011. O TCD tem por objetivo garantir o desempenho das partes envolvidas nas operações em suas atividades, de modo a garantir, por meio de metas quantitativas e qualitativas, o nível de rivalidade e o preservar o ambiente competitivo nos mercados afetados pela concentração.

³⁷ Previsões das cláusulas 2.1, 2.3 e 2.4 do Termo de Compromisso de Desempenho firmado entre Cade e CSN, aprovado na 41ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 09.04.2014.

Administração da Usiminas. O pedido, fundamentado na necessidade de garantir a representatividade e assegurar os direitos dos acionistas minoritários, foi deferido pelo Cade em 25.03.2015.

Nesse sentido, verifica-se a dificuldade encontrada pelo Cade na imposição de remédios, ainda que esses digam respeito tão somente à alienação de participação acionária, em operações já consumadas. Neste caso, assim como no caso Nestlé/Garoto, observa-se a manutenção pela adquirente dos ativos adquiridos por meio da concentração, apesar de decisão do Cade em sentido contrário. Em ambos os casos, mesmo decorrido um longo período desde a decisão, as determinações da autoridade antitruste não impediram que as operações produzissem - nem que continuem a produzir - efeitos nos mercados afetados pelas concentrações, demonstrando o desafio no *enforcement* de análises concorrenciais *a posteriori*.

3.3. Análise de operações já consumadas sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência

O controle prévio de estruturas não impede que, em situações excepcionais, a análise concorrencial seja realizada *a posteriori*. São hipóteses de análise *a posteriori* na Nova Lei de Defesa da Concorrência (i) a consumação antecipada de operações que cumprem os requisitos de notificação obrigatória (*gun jumping*)³⁸, (ii) a revisão de operações que não são de notificação obrigatória até 1 ano após sua consumação³⁹, (iii)

³⁸ Conforme artigo 88 da Lei 12.529/2011: Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos 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\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e 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\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). § 3º 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.

³⁹ Artigo 88, da Lei 12.529/2011: §7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

a determinação judicial de revisão de decisão em ato de concentração e (iv) o descumprimento de ACC.

Em qualquer desses cenários, o Cade e as partes estarão diante dos mesmos desafios de *enforcement* enfrentados na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência. Merece especial atenção o ato de concentração entre Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda., que diz respeito à aquisição, pela JBJ, da totalidade do capital social da Fratelli Dorazio Investimentos S.A. e de sua subsidiária integral, a Mataboi Alimentos Ltda. A concentração foi analisada pelo Cade em dois procedimentos separados: no âmbito de um Processo Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (“APAC”)⁴⁰, que constatou a consumação antecipada da operação; e no âmbito de um ato de concentração⁴¹, em que se decidiu pela reprovação da operação.

3.3.1 *Gun Jumping: JBJ/Mataboi*

Em 22.12.2014, foi celebrado o contrato de compra e venda de participação societária, por meio do qual a JBJ adquiriu a totalidade do capital social da Fratelli Dorazio Investimentos S.A. e de sua subsidiária integral, a Mataboi. Apesar de cumprir os requisitos para notificação obrigatória⁴², a operação não foi notificada ao Cade, , que a identificou e apurou em sede de APAC. Esse procedimento tem por objetivo analisar (i) se a operação se enquadra nos critérios de notificação obrigatória e (ii) se houve consumação antecipada, caso a operação se enquadre nos critérios de notificação obrigatória. Nesse procedimento, podem ser impostas sanções de natureza pecuniária (i.e., multas que vão de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões) e estrutural (desfazimento da operação).

No caso da JBJ/Mataboi, o Tribunal do Cade entendeu que a operação se enquadrava nos critérios de notificação obrigatória. Em decorrência da consumação da operação sem aprovação prévia, foi

⁴⁰ APAC nº 08700.007612/2016-13, instaurado pelo Cade em face da Mataboi Alimentos Ltda. e JGJ Agropecuária Ltda.

⁴¹ Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83 (Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JGJ Agropecuária Ltda.), reprovada em 13.10.2017, nos termos do voto do Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro.

⁴² A JBJ era, à época da operação, detida pelo Sr. José Batista Júnior, que também era acionista e controlador do Grupo JBS. Assim, o Cade entendeu que a JBJ era parte do Grupo JBS, conforme definição de grupo econômico estabelecida pela Resolução Cade 02/2012.

firmado um ACC⁴³, por meio do qual a JBJ se obrigou ao compromisso de notificar quaisquer operações futuras ao Cade e ao pagamento de contribuição pecuniária de aproximadamente R\$ 665 mil. O APAC também resultou em um Ato de Concentração, analisado pelo Tribunal do Cade em 18.10.2017. Na ocasião, o Tribunal do Cade entendeu que as integrações verticais resultantes da operação representavam “riscos concorrenciais (...) envolvendo troca de informações comercialmente sensíveis e/ ou atuação coordenada, bem como a ausência de eficiências, a operação importa em efeitos sociais líquidos negativos”⁴⁴, e que a concentração elevaria ainda mais o poder de mercado da JBJ.

Por essas razões e diante da inexistência de remédios que mitigassem os efeitos negativos da operação, o Cade decidiu pela reprovação da operação e determinou o seu desfazimento em prazo de 30 dias. No entanto, notícias recentes informam que a JBJ ainda detém os ativos adquiridos da Mataboi por meio da operação⁴⁵.

Assim, mais de três anos depois da determinação do Cade de desconstituição da operação, a decisão ainda não foi cumprida e a operação continua a produzir efeitos - avaliados pela autoridade concorrencial como potencialmente deletérios - nos mercados afetados. Este caso demonstra que apesar dos instrumentos disponíveis ao Cade para o controle prévio de estruturas, a autoridade concorrencial não está imune aos desafios do *enforcement* de suas decisões semelhantes àqueles que se apresentavam na legislação anterior.

Neste caso, a desconstituição da operação consistiria na devolução dos ativos à Mataboi pela JBJ, e na devolução do valor pago à Mataboi pela JBJ. Do ponto de vista da preservação do ambiente competitivo e da rivalidade, a decisão também poderia ser implementada por meio da alienação dos ativos a um entrante ou a um concorrente com participação reduzida nos mercados afetados, também sujeita à aprovação

⁴³ O ACC foi homologado na 168ª Sessão Ordinária de Julgamentos, realizada em 07.12.2016.

⁴⁴ Voto do Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo no Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83.

⁴⁵ Vide <https://economia.estadao.com.br/blogs/coluna-do-broad/ex-donos-do-mataboi-movem-acao-que-pode-superar-r-1-bi-contrajbs/> (Ex-donos do Mataboi movem ação que pode superar R\$ 1 bi contra JBS) que informa que “Em 2017, o órgão regulador da concorrência alegou que a JBS não poderia comprar novos frigoríficos em mercados nos quais detém entre 30% e 50% de participação e exigiu que o negócio fosse desfeito. Até aqui, a Mataboi segue nas mãos da JBJ”. Acesso em 01.05.2021.

do Cade. No entanto, até o momento não foram tomadas medidas pela JBJ para alienar sua participação na empresa adquirida.

3.3.2 Descumprimento de ACC: Videolar/Innova S.A./Petrobras/Lírio Albino Parisotto

O descumprimento de ACC implica na revisão da decisão tomada em ato de concentração pelo Cade por não implementação, em absoluto ou de forma satisfatória, das condições que permitiram a aprovação da operação. Em decisão inédita⁴⁶, o Tribunal o Cade determinou a desconstituição da operação por meio da qual a empresa Videolar S.A e seu acionista majoritário, Sr. Lírio Parisotto, adquiriram 100% das ações representativas do capital social e votante da Innova S.A, até então de propriedade da Petróleo Brasileiro S.A.⁴⁷. A operação havia sido aprovada em 01.10.2014, condicionada a compromissos comportamentais que visavam mitigar os efeitos da operação no mercado de resinas termoplásticas, em especial o monômero de estireno (MS) e o poliestireno (PS), e seus derivados.

De acordo com parecer do DEE⁴⁸, a Videolar-Innova, entidade resultante da operação, não cumpriu a obrigação relacionada à produção de quantitativos mínimos de PS, e deixou de informar ao Cade sobre as mudanças no mercado que justificariam a redução no patamar mínimo estabelecido no ACC. Também não foi cumprida de forma satisfatória a obrigação relacionada à elaboração de um plano de repasse das eficiências da operação. O parecer do DEE explica que ainda que as partes tenham formalmente elaborado um plano de repasse de eficiências, não houve implementação de seu conteúdo em relação a determinados indicadores.

Na análise em que concluiu pela necessidade de reprovação da operação Videolar-Innova, o Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani se baseou nos seguintes elementos: (i) alta possibilidade de exercício de poder de mercado derivada da elevada participação conjunta das partes, (ii) ausência de estímulos a novas entradas nos mercados relevantes, potencializada pelo aumento da capacidade produtiva das

⁴⁶ Proferida na 176ª Sessão Ordinária de Julgamentos, realizada em 28.04.2021.

⁴⁷ Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Videolar S.A., Innova S.A. e Lírio Parisotto), aprovada condicionada à celebração de ACC, em 07.10.2014, nos termos do voto do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior.

⁴⁸ Nota Técnica nº 13/2020/DEE/Cade, disponível nos autos do Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19.

Requerentes após o início da operação conjunta e da capacidade ociosa, e pela ausência de novas entradas nos últimos cinco anos, além da mudança do cenário regulatório da Zona Franca de Manaus⁴⁹; (iii) a configuração de um duopólio em um mercado altamente concentrado decorrente da atuação conjunta das partes, que afeta as condições de rivalidade nos mercados relevantes; (iv) ausência de comprovação de repasse de eficiências ao consumidor; e (v) aumento nos preços de OS após a operação, o que reforçaria os indícios de que os ganhos decorrentes da operação não foram verificáveis ou repassados aos consumidores.

As principais obrigações assumidas pelas partes no âmbito do ACC que possibilitou a aprovação da operação Videolar-Innova foram: (i) manutenção de patamar mínimo de produção de OS, (ii) licenciamento gratuito de suas patentes, (iii) obrigação de não aproveitamento de benefícios tributários adicionais concentrando a produção na sua planta da Zona Franca de Manaus, (iv) investimento de parte do faturamento no desenvolvimento de produtos de maior qualidade e (v) repasse de eficiências ao consumidor final.

Nesse sentido, o Conselheiro-Relator constatou que “os remédios comportamentais assumidos no ACC não foram eficazes para mitigar as preocupações concorrenciais verificadas à época e direcionar benefícios líquidos positivos ao consumidor”, e decretou o descumprimento dos remédios pactuados por meio do ACC firmado à época da aprovação da operação.

Até o momento não há informações publicamente disponíveis sobre as medidas tomadas pelas partes para a desconstituição da operação. No entanto, considerando o fato de que a operação foi aprovada e implementada há aproximadamente 7 anos, o que implica em um alto grau de integração entre as empresas; e tomando em conta o histórico de ineficácia no *enforcement* de decisões *a posteriori* em atos de concentração, é possível que a autoridade concorrential tenha dificuldade em ver cumprida a sua decisão neste caso.

Nesse sentido, verifica-se a dificuldade encontrada pelo Cade na imposição de remédios, ainda que esses digam respeito tão somente à

⁴⁹ Conforme consta do voto do Conselheiro-Relator, houve “*alteração da regulação da Zona Franca de Manaus (ZFM), que reduziu o quantitativo mínimo de PS a ser destinado às indústrias na ZFM e para exportação como condição para obtenção de subsídio na importação do insumo MS, uma maior quantidade de PS fabricado na planta de Manaus pode ser comercializada em qualquer ponto do mercado brasileiro.*”

alienação de participação acionária, em operações já consumadas. Neste caso, assim como no caso Nestlé/Garoto, observa-se a manutenção pela adquirente dos ativos adquiridos por meio da concentração, apesar de decisão do Cade em sentido contrário. Em ambos os casos, mesmo decorrido um longo período desde a decisão, as determinações da autoridade antitruste não impediram que as operações produzissem - nem que continuem a produzir - efeitos nos mercados afetados pelas concentrações, demonstrando o desafio no *enforcement* de análises concorrenciais *a posteriori*.

3.4. Conclusões sobre o *enforcement* de decisões *a posteriori* motivadas por revisão judicial de análises do Cade

3.4.1 Capacidade reduzida de *enforcement*

Como demonstram as análises acima, há grande dificuldade em executar decisões que determinam a desconstituição total ou parcial de negócios jurídicos já implementados. Tanto em casos de análise *a posteriori* como regra na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência quanto a análise *a posteriori* como exceção, em casos julgados sob a égide da Nova Lei de Defesa da Concorrência, o ponto em comum é que se verifica a capacidade das partes em manter a situação pós-operação, apesar das decisões da autoridade concorrential. O retorno ao *status quo ante* continua a ser um desafio para o *enforcement* de decisões *a posteriori* que tratam de negócios jurídicos consumados, qualquer que seja o caminho tomado para chegar a essas decisões.

Não é diferente quando se trata da revisão judicial das decisões em ato de concentração. Ou seja, ainda que se admita, em tese, a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na atividade do Cade – mesmo que para a reanálise da operação à luz de novos documentos – o verdadeiro desafio está na forma de implementação de tais decisões.

3.4.2 Segurança jurídica na revisão de atos de concentração

Para garantir o funcionamento do SBDC, é necessário garantir aos atores segurança jurídica. Ainda que não seja possível assegurar que a decisão proferida pelo Tribunal do Cade é final e irreversível, considerando a inafastabilidade do controle jurisdicional e a necessidade de assegurar o duplo grau de jurisdição, a segurança jurídica deve ser garantida, pelo menos no que diz respeito ao prazo de análise.

A Nova Lei de Defesa da Concorrência assegura às partes que notificarem atos de concentração ao Cade que a revisão da operação não excederá o prazo de 330 dias⁵⁰. Esse prazo deveria ser considerado também para a revisão judicial das decisões do Cade, estando o juízo obrigado a proferir decisão ou ordenar novo julgamento em data que não ultrapasse o prazo legalmente estabelecido. Entendimento diverso oneraria excessivamente as partes e inviabilizaria a atividade empresarial, o que vai de encontro aos pressupostos da atuação da autoridade concorrencial.

No caso em análise, considerando a publicação do edital do ato de concentração Bunge/Imcopa em 09.06.2020, um novo julgamento precisaria ocorrer até 05.05.2020 para que fosse respeitado o prazo para limite para análise da operação, e para que seja garantida, pelo menos nesse aspecto, a segurança jurídica das partes. No entanto, é necessário que seja feita menção expressa ao prazo nas decisões judiciais que determinem revisão de decisões do Cade em atos de concentração, para que todas as autoridades, inclusive a autoridade concorrencial, estejam expressamente vinculadas ao prazo de análise.

4. A experiência comparada: União Europeia

4.1. O controle de estruturas no âmbito da União Europeia

Ao contrário do que ocorre com comportamentos colusivos, abuso de posição dominante e auxílios estatais, o sistema de controle de estruturas da UE não está previsto em um tratado, mas sim no Regulamento do Conselho da União Europeia (EC) nº 139/2004.

Quando um ato de concentração possui dimensões comunitárias, este deve ser notificado à Comissão antes de sua implementação. É comum que as partes envolvidas entrem em contato com a Comissão até antes mesmo da efetiva notificação, a fim de alinhar questões

⁵⁰ Conforme art. 88 da Lei 12.529/2011, “§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. (...) § 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

preliminares como a complexidade da concentração e a definição dos mercados relevantes. Os detalhes desta operação devem ser publicizados no site da Comissão Europeia e no Jornal Oficial da UE, para que qualquer parte interessada possa entrar em contato com a instituição e fornecer comentários sobre a operação em questão. Primeiramente, a concentração é analisada na Fase 1 de investigação, que dura 25 dias úteis, e é concluída, na maioria das vezes com a aprovação da operação sem restrições ou condicionada a compromissos. Se este não for o caso, a operação passa para a Fase 2 de investigação, na qual a Comissão analisa a possibilidade de compromissos e das eventuais eficiências do ato de concentração. Esta fase pode durar até 90 dias úteis, que poderão ser estendidos, e, ao final, a Comissão aprovará a operação sem restrições, ou com compromissos, ou a reprovará.⁵¹

4.2. Revisão judicial de decisões proferidas pela Comissão Europeia

A revisão judicial de decisões emitidas pela Comissão Europeia é respaldada pelo artigo 263 do TFUE, que atribui ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁵² o papel de conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados da UE ou de qualquer norma jurídica proferidas por diversos órgãos da UE, incluindo a Comissão Europeia. Nesse sentido, qualquer decisão da Comissão relacionada ao direito comunitário concorrencial está sujeita à revisão judicial pelo TJUE (não só os assuntos que estão dispostos nos Tratados da UE, mas também aqueles que são regulados por outras normas jurídicas)⁵³.

⁵¹ Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures_en.html. Acesso em 01.05.2021.

⁵² O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é composto pelo Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Geral e pelos tribunais especializados (artigos 19 (1) do TUE e 257 TFUE). A função principal dos Tribunais da UE é garantir que a lei comunitária seja observada e os Tratados lhes dão três funções principais: (1) julgar ações ajuizadas por Estados-membro, instituições da UE e pessoais naturais ou jurídicas; (2) emitir questões preliminares a pedido dos tribunais nacionais dos países-membro, acerca da validade e interpretação dos Tratados, normas jurídicas e atos adotados pelas instituições da UE; e (3) decidir outros casos previstos nos Tratados da UE.

⁵³ Importante indicar também que quaisquer tipos de sanções previstas em regulamentos adotados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, também são sujeitas à revisão do TJUE, em consonância com o artigo 261 do TFUE. Em linha com essa previsão do Tratado, o artigo 16 do Regulamento nº 139/2004 também

Nos primeiros anos da implementação do sistema de controle de estruturas da União Europeia não houve muitos recursos às cortes. Não obstante, a partir da década de 1990, o cenário começou a mudar quando se observou que a Comissão Europeia possuía muitos poderes, já que sua atuação se assemelhava com a de um promotor, juiz e de tribunal (WHISH, 2009, p. 879). Quase ao mesmo tempo em que a Comissão Europeia reprovou 5 atos de concentração em 2001, o TFUE deu uma resposta imediata um ano depois, ao anular algumas decisões de reprovação proferidas pela Comissão, sendo algumas delas: *Airtours v Commission*, *Schneider Electric v Commission* and *Tetra Laval v Commission*. Nestes três julgamentos, embora reconhecendo que a Comissão possuía grande margem de apreciação especialmente quando lidava com casos complexos do ponto de vista econômico, o Tribunal de Primeira Instância⁵⁴ demonstrou que também estava preparado para analisar estes casos, seja do ponto de vista do mérito da operação, seja de possíveis vícios ou erros que eventualmente tivessem sido cometidos pela Comissão (WHISH, idem).

4.2.1 Terceiros interessados

O artigo 263 do TFUE permite que qualquer pessoa natural ou jurídica possa interpor recursos contra atos em que seja ou não a destinatária, mas que os efeitos deste ato lhe atinjam diretamente. No caso das partes envolvidas na operação, é fácil entender sua legitimidade para interpor um recurso contra uma decisão que não venha a ser tão favorável quanto esperavam. Quanto a partes terceiras, estas também possuem legitimidade para a interposição de recurso, desde que demonstrem que a decisão tenha efeito individual e diretamente relacionado a elas.

Nessa linha, o artigo 18 (4) do Regulamento nº 139/2004 dispõe que a Comissão Europeia pode ouvir pessoas naturais ou jurídicas quando necessário, a respeito de um ato de concentração, desde que tais indivíduos comprovem ter interesse suficiente em causa. A partir deste dispositivo, o Tribunal de 1ª Instância estabeleceu que tais pessoas já ouvidas pela Comissão Europeia normalmente possuem o direito de

estabelece a mesma provisão, especificamente relacionada a sanções pecuniárias aplicadas no âmbito de um exame de ato de concentração. De acordo com este dispositivo, o TFUE poderá suprimir, reduzir ou aumentar sanções pecuniárias aplicadas pela Comissão no âmbito de uma notificação de operação.

⁵⁴ Após dezembro de 2019 passou a ser o Tribunal Geral.

interpor um recurso judicial a respeito da concentração.⁵⁵ Não obstante, foram observados também recursos interpostos por terceiros que não tiveram envolvimento no processo administrativo examinado pela Comissão, mas que tiveram sua legitimidade aceita pelo Tribunal de 1ª Instância.

O caso *Petrolessence SA v Commission* foi um exemplo disso.⁵⁶ Após a aprovação da operação TotalFina/Elf pela Comissão com a condição de certos compromissos propostos pelas partes envolvidas, a empresa Petrolessence AS interpôs recurso solicitando que o Tribunal anulasse parte da decisão da Comissão especificamente o ponto em que a Comissão não a considerava como candidata à aquisição dos desinvestimentos propostos. Nesta situação, o Tribunal Geral entendeu que a decisão afetava diretamente a recorrente e que esta possuía interesse em agir.

4.2.2 Os critérios para a revisão judicial

Como mencionado anteriormente, a Comissão possui uma grande margem de apreciação na análise de atos de concentração. Isso significa que os Tribunais da UE não podem substituir seus próprios entendimentos em detrimento aos da Comissão. Os critérios de revisão judicial foram bem definidos no julgamento do caso *Sun Chemical Group BV v Commission* pelo Tribunal Geral.⁵⁷

“a fiscalização exercida pelo juiz comunitário sobre as apreciações econômicas complexas efetuadas pela Comissão no exercício do poder de apreciação que lhe é conferido pelo regulamento das concentrações *deve limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exatidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder.* A este respeito, há que recordar que o juiz comunitário deve verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, *mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis*

⁵⁵ Processo T-2/93, *Air France v Commission*, julgado em 17 de abril de 1996, paras. 42-47.

⁵⁶ Processo T-342/00, julgado em 03.04.2003.

⁵⁷ Processo T-282/06, julgado em 09.07. 2007.

de fundamentar as conclusões que deles se retiram [...]
(grifos nossos)

Dessa forma, os Tribunais devem ser garantidores dos direitos procedimentais, como também vetores do desenvolvimento da lei⁵⁸. Nesse sentido, conforme o artigo 263 do TFUE, o recurso pode ter como objeto (i) a ausência de competência da Comissão, (ii) a violação de formalidades essenciais, (iii) a violação dos Tratados ou de qualquer regra de lei relativa à sua aplicação, ou (4) o abuso de poder.⁵⁹ A ausência de competência da Comissão se trata, na maioria das vezes, da disputa de jurisdição entre a União e os países-membro a respeito da dimensão comunitária. As violações de formalidades essenciais relacionam-se com direitos de defesa durante o processo administrativo conduzido pela Comissão. Nesta hipótese, estão incluídas questões relacionadas à oportunidade de se manifestar e ao limite legal de análise das operações⁶⁰.

A terceira hipótese é utilizada para recorrer da análise de mérito feita pela Comissão em relação a ato de concentração e se, de fato, tal operação cria ou não entraves significativos no mercado interno ou em parte dele.⁶¹ É importante ressaltar novamente que o Tribunal Geral nunca irá tomar uma decisão de mérito no sentido de aprovar ou não uma decisão. Ao contrário, irá anular ou manter parcial ou integralmente a decisão tomada pela Comissão. Em caso de anulação, a Comissão deverá tomar uma nova decisão⁶².

Por fim, a última hipótese consiste na utilização dos poderes da Comissão para propósitos diferentes dos quais foram conferidos. De acordo com Renshaw and Blockx, uma situação dessas poderia ser pensada como a Comissão declarar que certas informações enviadas por

⁵⁸ BLOCKX, Jan; RENSHAW, Andrew. Judicial review of merger in the EU. Disponível em: https://www.hoganlovells.com/~media/hoganlovells/pdf/publication/judicial-review-of-mergers-in-the-eu_pdf.pdf, p. 20.

⁵⁹ Disponível em: https://www.hoganlovells.com/~media/hoganlovells/pdf/publication/judicial-review-of-mergers-in-the-eu_pdf.pdf. Acesso em 01.05.2021.

⁶⁰ No Processo T-310/01, *Schneider Electric v Commission*, paras. 421-462; e Processo T-210/01, *General Electric v Commission*, para 632.

⁶¹ Artigo 2(2) do Regulamento nº 139/2004.

⁶² OECD. Judicial Enforcement of Competition Law. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf>.

uma parte notificante estivessem incompletas, apenas como uma justificativa para suspender o calendário da operação⁶³.

4.2.3 *Tramitação Acelerada (ou Expedited Procedure)*

Uma das maiores preocupações das partes envolvidas em uma operação notificada à autoridade da concorrência se resume ao período que levará entre a notificação e o trânsito em julgado da autorização para que a concentração possa ser consumada. Em casos em que há a tentativa de recurso por um terceiro, as requerentes da operação se veem em uma situação delicada, especialmente no que tange ao lapso temporal necessário para que o judiciário reveja tal operação.

É nesse contexto que surge o *Expedited Procedure* (ou “Tramitação Acelerada”) em 2000. Este procedimento prevê que certos casos possam ser julgados pelo Tribunal Geral de maneira mais rápida do que o de costume. Tal alternativa é bastante interessante considerando que a demora na autorização de uma concentração pode afetar as questões societárias da operação, como o calendário proposto contratualmente, além de eventuais riscos antitruste implementados no contrato. Além disso, caso o judiciário tome algum tempo para analisar o processo, as condições do mercado podem ser alteradas significativamente, traduzindo-se na impossibilidade de fechar a operação⁶⁴.

Este instituto está previsto nas Regras de Procedimento dos Tribunais da UE.⁶⁵ De acordo com o artigo 151 das Regras, o recorrente, o requerido e o próprio Tribunal poderão solicitar a Tramitação Acelerada, desde que: (i) haja uma urgência particular no caso; e (ii) haja circunstâncias relevantes. Importante ressaltar que a aprovação da Tramitação Acelerada depende discricionariamente do Presidente do Tribunal.

De acordo com Whish, entre 2001 e 2008, 10 recursos foram analisados pelo Tribunal de 1ª Instância sob este regime:

⁶³ BLOCKX; RENSHAW, *op cit.*, p. 20.

⁶⁴ WHISH, Richard. *Competition Law*, 2009, p. 882.

⁶⁵ Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-en-div-t-0000-2018-201810296-05_01.pdf. Acesso em 01.05.2021.

Caso	Data em que o recurso foi interposto	Data do julgamento	Período entre a interposição do recurso e o julgamento
<i>Schneider Electric v Commission (T-310/01)</i>	13/12/2001	22/10/2002	10 meses
<i>Schneider Electric v Commission (T-77/02)</i>	18/03/2002	22/10/2002	7 meses
<i>Tetra Laval v Commission (T-5/02)</i>	15/01/2002	25/10/2002	9 meses
<i>Tetra Laval v Commission (T-80/02)</i>	19/03/2002	25/10/2002	7 meses
<i>BaByliss v Commission (T-114/02)</i>	15/04/2002	03/04/2003	1 ano
<i>Royal Philips NV v Commission (T-119/02)</i>	17/04/2002	03/04/2003	1 ano
<i>EDP v Commission (T-87/05)</i>	25/02/2005	21/09/2005	7 meses
<i>Impala v Commission (T-464/04)</i>	03/12/2004	13/07/2006	21 meses
<i>Endesa v Commission (T-417/05)</i>	29/11/2005	14/07/2006	8 meses
<i>Sun Chemical Group v Commission (T-282/06)</i>	09/10/2006	09/07/2007	9 meses

Ainda que a média dos períodos acima mencionados resultem em uma média de cerca de 8 meses a 1 ano, a análise de um recurso ao Tribunal Geral normalmente leva 20 meses para ser concluída⁶⁶. Assim, o instituto da Tramitação Acelerada pode reduzir o trâmite do julgamento em até metade do tempo normal.

Não obstante, é preciso que as partes tenham em mente que a Tramitação Acelerada também possui alterações nas regras de procedimento do caso em trâmite perante o Tribunal Geral. Por exemplo, os prazos relacionados à parte escrita do processo são mais curtos do que na tramitação normal e o caso poderá não ter fase oral, caso o Tribunal entenda que o caso já está pronto para julgamento. Assim, é importante às partes sopesar seus interesses.

Cabe ressaltar também que este instituto também possui falhas. Como mencionado, apenas as partes recorrente e recorrida podem solicitar esta tramitação, além do próprio Tribunal. Em casos em que um terceiro recorre da decisão da Comissão, as partes envolvidas na operação – as mais interessadas nesse pedido – não terão o direito de solicitá-lo. Esta situação ocorreu no caso *KPN BV v Commission*, em que o recurso se tratava da operação aprovada pela Comissão entre as empresas Liberty Global e Ziggo⁶⁷. As partes do recurso – KPN BV e a Comissão – não solicitaram o pedido de Tramitação Acelerada, e as partes diretamente envolvidas na operação não eram autorizadas a fazer tal solicitação, por não serem formalmente partes do recurso judicial perante o Tribunal Geral. Ainda que o recurso não tenha efeito suspensivo, as partes envolvidas na concentração precisariam, portanto, ter cuidado ao implementar uma operação ainda sob recurso judicial.

4.2.4 Possibilidade de danos

A anulação de uma decisão da Comissão relacionada a um ato de concentração poderá resultar em ação judicial de reparação de danos, caso as partes envolvidas considerem que foram prejudicadas por um ato ilegal adotado. O artigo 340 do TFUE prevê a indenização por danos causados pelas instituições da UE em matéria de responsabilidade extracontratual.

⁶⁶ ELLIOT, Porter; VAN ACKER, Johan; GORDLEY, Catherine. Merger control in the EU: overview. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

⁶⁷ Processo COMP/M.7000 — Liberty Global/Ziggo (OJ 2015, C 145), p. 7.

Para que o pedido de indenização seja concedido, o requerente deverá demonstrar três requisitos indispensáveis para o seu deferimento: (i) que a conduta da instituição foi ilegal; (ii) que houve dano sofrido devido à conduta da instituição; e (iii) o nexo causal entre a conduta da instituição e o dano.⁶⁸ Até 2013, apenas duas destas ações foram propostas solicitando o pagamento de indenizações por atos ilegais: os casos *Commission v. Schneider Electric* (C-440/07) e *MyTravel v. Commission* (T-212/03). Apenas a primeira foi bem-sucedida com a determinação de uma indenização limitada⁶⁹.

5. Conclusão

A decisão judicial que determinou o reexame, pelo Cade, do ato de concentração entre Bunge e Imcopa dificilmente representa inovação no que diz respeito à possibilidade de revisão judicial de análises realizadas pela autoridade concorrencial. No entanto, a decisão exarada pelo Desembargador Sousa Prudente é uma oportunidade para trazer à tona a discussão sobre a possibilidade, os limites e a capacidade de *enforcement* da revisão de decisões em atos de concentração.

A possibilidade de revisão judicial de decisões administrativas emitidas pelo Cade, inclusive em sede de atos de concentração, é inequívoca. Mesmo diante da especialidade técnica da autoridade concorrencial, a necessidade de duplo grau de jurisdição, a inafastabilidade do controle jurisdicional e a necessidade de que haja possibilidade de verificação da presença dos elementos de legalidade e do efetivo cumprimento das garantias constitucionais, especialmente em relação a condutas anticompetitivas que também constituem ilícito penal, impossibilitam entendimento diverso.

Devem ser observados, no entanto, limites para a revisão judicial de decisões do Cade. Essas decisões devem estar restritas ao exame da legalidade ou da abusividade dos atos administrativos, conforme decisão proferida pelo STF. Observa-se que as decisões recentes, a exemplo daquela emitida pelo Desembargador Souza Prudente em relação à operação Bunge/Imcopa, não tratam do mérito da análise concorrencial, na medida em que não emitem juízo de valor sobre as informações apresentadas acerca da operação ou sobre a decisão tomada pelo Cade.

⁶⁸ Processo T-351/03, *Schneider Electric v Commission*, para 113.

⁶⁹ BLOCKX; RENSHAW, *op cit.*, p. 22.

De outro lado, é possível identificar decisões judiciais que rediscutiram o mérito de decisões do Cade em atos de concentração, por vezes com base em elementos estranhos à análise concorrencial, como o impacto ambiental resultante da operação (como no caso Vale/Ferrous). Há, ainda, decisões que emitem juízo de valor sobre a necessidade de notificação de atos de concentração ao Cade (como no caso Dow/Monsanto), que, na prática, acabaram por refletir sobre aspectos referentes à própria existência de multa por intempestividade que havia sido imposta pela autoridade concorrencial.

Assim, ainda que haja previsibilidade decorrente da assentada jurisprudência que prevê a possibilidade de revisão judicial de decisões do Cade somente no que diz respeito à legalidade do ato administrativo, ainda são identificadas decisões que discutem o mérito das análises concorrenciais – que deveria estar restrito apenas à apreciação do órgão especializado, ou seja, o Cade.

Ainda que haja possibilidade de revisão judicial das decisões do Cade em atos de concentração, é necessário analisar em que medida é viável a implementação de tais decisões. A determinação judicial de reexame pelo Cade de uma operação já consumada coloca a autoridade concorrencial em situação análoga àquela enfrentada no paradigma da Antiga Lei de Defesa da Concorrência, sob a qual o controle de estruturas era feito *a posteriori* e enfrentava desafios na sua capacidade de *enforcement*.

Nesse sentido, foram analisadas decisões que pretendiam alterar o cenário pós-operação de negócios já consumados, o que ocorria como regra na Antiga Lei de Defesa da Concorrência, mas que continua acontecendo sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência em casos de (i) consumação antecipada da operação, (ii) descumprimento de ACC, e (iii) revisão judicial de decisões em atos de concentração.

Da análise dessas decisões, conclui-se que, em qualquer cenário, a capacidade de *enforcement* da autoridade concorrencial é extremamente reduzida em relação a operações já consumadas. Em todos os casos analisados, as decisões que determinaram a desconstituição ou a aplicação de remédios a operações já implementadas não foram cumpridas até o momento. Esse é o cenário que se impõe diante da revisão judicial de decisões do Cade em atos de concentração.

De todo modo, pressuposto fundamental da análise de atos de concentração é a segurança jurídica com vistas a garantir a viabilidade da atividade empresarial. Não é possível assegurar que a decisão emitida

pela autoridade concorrencial será final e irreversível, considerando a inafastabilidade do controle jurisdicional e a necessidade de duplo grau de jurisdição. No entanto, entende-se que ao menos deve ser respeitado o prazo de análise estabelecido pela Lei 12.529/2011, que é de 330 dias. Esse prazo deve vincular tanto as autoridades administrativas, quanto judiciais, que devem trabalhar para garantir uma decisão final antes do esgotamento desse prazo.

Por fim, foi analisado o sistema de controle de estruturas da UE, que determina a análise prévia de concentrações, e a revisão de decisões relacionadas a atos de concentração, que cabe ao TJUE, na experiência europeia. Naquela jurisdição, a revisão das decisões em atos de concentração pode acontecer por incompetência, violação de formalidades essenciais e violação dos Tratados da UE ou de qualquer norma jurídica proferidas por diversos órgãos da UE, incluindo a Comissão Europeia.

A extensão da análise judicial das decisões da autoridade concorrencial europeia difere da experiência brasileira. A análise do TJUE sobre as decisões em atos de concentração não está restrita à legalidade ou à forma da análise realizada pela Comissão Europeia (responsável pela análise dos atos de concentração). O TJUE tem também competência para revisar o mérito das decisões, e um dos critérios para revisão judicial das decisões da Comissão Europeia é a ponderação sobre entraves significativos no mercado interno ou em parte dele decorrentes da decisão da Comissão Europeia em atos de concentração. Ou seja, a análise de mérito não é apenas permitida, mas incentivada na experiência europeia.

A legitimidade para propor ações que dizem respeito à necessidade de revisão judicial de atos de concentração perante o TJUE também é mais ampla do que o rol de entes legitimados pela legislação brasileira, e tem outro viés de seleção. No Brasil, apenas os entes incluídos no rol taxativo da Lei nº 7.347/1985 podem requerer a revisão judicial dos atos de concentração, uma vez que seriam esses os entes interessados na proteção de direitos difusos, o que lhes confere legitimidade para propor ações que pretendem reverter decisões do Cade e assegurar a concorrência como bem jurídico tutelado. Na EU, por outro lado, quaisquer pessoas naturais ou jurídicas podem requerer revisão de decisões em atos de concentração, por meio da interposição de recursos, desde que os efeitos deste ato lhe atinjam diretamente.

Na jurisdição europeia há preocupação com o tempo de análise até uma decisão final relacionada às concentrações econômicas, que levou à adoção de procedimento de tramitação acelerada para garantir uma decisão em tempo hábil. Também foi instituída a possibilidade de compensação financeira por danos sofridos em decorrência da atuação das instituições da UE, aplicável à análise de atos de concentração. Assim, as partes – ou terceiros – afetados negativamente por uma decisão da Comissão Europeia têm a possibilidade de buscar compensação pelo ônus suportado.

Ambas as ferramentas poderiam ser implementadas na experiência brasileira para assegurar (i) uma análise final e irreversível de concentrações, condizente com o dinamismo dos mercados e da atividade empresarial, e (ii) mecanismos de compensação por decisões do Cade, ou mesmo por decisões judiciais, que errônea e injustificadamente prejudiquem as partes.

6. Referências

BAY, Matteo; CALZADO, Javier Ruiz; WEITBRECHT, Andreas. *Judicial review of mergers in the EU and the 'fast track' procedure*. Disponível em: https://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1418_1.pdf. Acesso em 30 de abril de 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BLOCKX, Jan; RENSHAW, Andrew. *Judicial review of merger in the EU*. Disponível em: https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/publication/judicial-review-of-mergers-in-the-eu_pdf.pdf. Acesso em 30 de abril de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Patricia S., MATTOS, César. *Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade in Revista de Defesa da Concorrência*, 2016.

EUROPEAN COMMISSION. *Case Referral Notice (2005)*, p. 7, § 28. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&from=EN). Acesso em 30 de abril de 2021.

ELLIOT, Porter; VAN ACKER, Johan; GORDLEY, Catherine. Merger control in the EU: overview. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em 30 de abril de 2021.

FOUNTOUKAKOS, Kyriakos. Judicial review and merger control: the CFI's expedited procedure. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2002_3_7.pdf. Acesso em 30 de abril de 2021.

FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2005

JOURDAN, Jérémie. Too late for a fix? Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/too-late-fix>. Acesso em 30 de abril de 2021.

OECD. Judicial Enforcement of Competition Law. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito da concorrência e o poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SHAPIRO, Mario G. e Bacchi Fabiana M.; Análise dos AOs de Concentração no Brasil: Forma, Função e o Incrementalismo Reformista do Cade in Direito econômico concorrencial, Saraiva Educação S.A., 2017.

STRAUBE, Adriana L.C.; Acordos Administrativos no Direito Concorrencial Brasileiro in Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática. Grupo Almedina, 2020.

VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a Aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Estudos em homenagem ao ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001.