

10

REMEDIANDO REMÉDIOS COMPORTAMENTAIS: COMPROMISSOS PRÉVIOS ESTIPULADOS PELAS REQUERENTES DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E ATUAÇÃO DO CADE¹

Remedying behavioral remedies: pre-established commitments by merger applicants and Cade's role

Luiza Camilo de Souza²

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: no exercício de seu controle preventivo (art. 92, I c/c art. 88 e ss., da Lei nº 12.529/2011), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem a competência de decidir sobre a aprovação, com ou sem imposição de medidas corretivas, ou a reprovação de atos de concentração (art. 90, da Lei nº 12.529/2011). Dada a relativa previsibilidade da análise antitruste, as partes notificantes podem, ao submeter o ato de concentração, oferecer “compromissos prévios”, antecipando eventuais exigências da autoridade antitruste.

Objetivo: o artigo tem como objetivo caracterizar os compromissos prévios assumidos pelas partes em atos de concentração, com base em julgados recentes do Cade, destacando sua semelhança com os remédios comportamentais. Além disso, examina os riscos empresariais associados a esses compromissos e discute os desafios do Cade no monitoramento e controle dessas medidas, ressaltando a importância de transparência e especificidade na divulgação e avaliação dos compromissos firmados.

Método: revisão bibliográfica e jurisprudencial.

¹ Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília/DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 10/05/2024 **Aceito em:** 28/11/2024 **Publicado em:** 11/12/2024

² Assistente Técnica no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com destaque entre os melhores alunos do curso. Graduada em Economia na Universidade de Brasília (UnB). Participou da 43ª edição do Programa de Intercâmbio do Cade (PinCade).

E-mail: luizacamilo.adv@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1866145148294005>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-5622-4446>



Conclusões: os compromissos prévios se enquadram enquanto mecanismos para mitigar os impactos concorrenciais negativos de atos de concentração, facilitando a análise e aprovação pelo Cade. Quando elaborados de forma clara e específica, esses compromissos reduzem custos e promovem uma avaliação mais eficiente, além de garantir maior segurança jurídica às partes. O descumprimento desses compromissos pode gerar consequências graves, como a reavaliação da operação ou a caracterização de condutas abusivas. A transparência na formulação e divulgação dos compromissos é essencial para o monitoramento e verificação eficazes pelo Cade.

Palavras-chave: controle preventivo; atos de concentração; Cade; remédios comportamentais; compromissos prévios.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: in exercising its preventive control (art. 9, I c/c art. 88 et seq., of Law No. 12.529/2011), the Administrative Council for Economic Defense (Cade) is responsible for deciding on the approval, with or without corrective measures, or the rejection of merger transactions (art. 90, of Law No. 12.529/2011). Given the relative predictability of antitrust analysis, the notifying parties may, when submitting the merger, propose “prior commitments,” anticipating potential antitrust authority requirements.

Objective: this article aims to characterize the prior commitments undertaken by parties in merger transactions, based on recent Cade rulings, highlighting their similarity to behavioral remedies. It also examines the business risks associated with these commitments and discusses the challenges faced by Cade in monitoring and controlling these measures, emphasizing the importance of transparency and specificity in the disclosure and evaluation of such commitments.

Method: jurisprudential and bibliographical review.

Conclusions: prior commitments serve as mechanisms to mitigate the negative competitive impacts of merger transactions, facilitating Cade’s analysis and approval process. When drafted clearly and specifically, these commitments reduce costs and promote a more efficient review, while also providing greater legal certainty to the parties involved. Failure to comply with these commitments may result in serious consequences, such as the reassessment of the transaction or the characterization of abusive practices. Transparency in the formulation and disclosure of commitments is essential for Cade’s effective monitoring and verification.

Keywords: preventive control; merger transactions; Cade; behavioral remedies; prior commitments.

Classificação JEL: K21; K40; L40; L10.

Sumário: 1. Introdução; 2. Compromissos prévios a partir dos atos de concentração n.º 08700.003437/2023-14 (Oiltanking Logística Brasil Ltda. e outras) e 08700.009905/2022-83 (Sustainit Pte Ltd. e outras); 3. Qualificação dos compromissos prévios pelo Cade; 4. Revisão do ato de concentração e riscos às partes requerentes; 5. Controle posterior dos compromissos pelo Cade; 6. Conclusão; Referências.

I INTRODUÇÃO

A concentração econômica, regulada pelo Direito da Concorrência, está diretamente relacionada ao aumento do poder econômico de um ou mais agentes em determinado mercado (Forgioni, 2015, p. 399). Denominada ato de concentração, essa prática pode assumir diversas formas, não se limitando apenas a operações de fusão e incorporação. Ela também pode decorrer de contratos associativos, consórcios e *joint ventures*, conforme previsto no art. 90 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), eis que, a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, mesmo que preservem sua autonomia, passam a deter uma vantagem competitiva sobre os demais, resultando em maior poder econômico (Forgioni, 2015, p. 400).

Os atos de concentração estão, assim, ligados a situações em que há a aglutinação de poder e o aumento da capacidade de determinados agentes de alterar as condições do mercado. O controle desses atos, conforme a Professora Paula Forgioni (2015, p. 398), é um instrumento de política econômica, uma vez que impacta a estrutura de um setor. A supervisão desses atos busca evitar a formação de monopólios, oligopólios ou outras formas de concentração prejudiciais à concorrência e, conseqüentemente, ao bem-estar da sociedade.

A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 88, §5º, determina que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) não deve autorizar atos de concentração que eliminem a concorrência em parte substancial do mercado relevante, criem ou reforcem posição dominante, ou possam resultar na dominação de um mercado relevante de bens ou serviços, salvo as exceções previstas no §6º do mesmo artigo (Brasil, 2011). O §6º permite a aprovação desses atos desde que sejam identificadas eficiências que beneficiem o consumidor, como: (a) aumento de produtividade ou competitividade, (b) melhora na qualidade de bens ou serviços, e (c) eficiência ou desenvolvimento tecnológico e econômico (Brasil, 2011).

Para formar seu juízo, conforme aponta o “Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal” do Cade, a Autoridade Antitruste, na sua análise clássica, examina a concentração econômica, em especial a horizontal, em algumas etapas, quais sejam: (i) definição do mercado relevante, (ii) apuração de existência de poder de mercado considerando a operação intentada, (iii) probabilidade de uso do poder de mercado, (iv) ponderação de eficiências econômicas e, em alguns casos (v) a probabilidade de exercício de poder coordenado (Cade, 2016, p. 9). Quando se identifica poder de mercado e a probabilidade de seu uso em detrimento de outros agentes e consumidores, procede-se à análise das eficiências na forma do mencionado art. 88, §6º. Até o presente momento, no entanto, não se identificou registro de um ato de concentração aprovado sem restrições pelo Cade exclusivamente com base em eficiências.

O que ocorre, na prática, é a aprovação condicionada a remédios – medidas destinadas a mitigar preocupações concorrenciais levantadas pela operação – negociados por meio de Acordos em Controle de Concentração (ACCs). Esses acordos visam a uma solução intermediária, evitando tanto a aprovação incondicional e quanto a reprovação total da operação que apresenta efeitos anticompetitivos (Cabral; Mattos, 2016, p. 58). Contudo, se os remédios não forem suficientes para sanar os problemas concorrenciais, a reprovação da operação torna-se o desfecho mais provável.



Os remédios se dividem em duas categorias - comportamentais e estruturais. Os remédios comportamentais envolvem mudanças nas práticas comerciais das empresas, sem a transferência de direitos ou ativos, como restrições à discriminação de concorrentes ou medidas de transparência. Por outro lado, os remédios estruturais envolvem alterações na estrutura de mercado, como a venda de ativos ou a divisão de empresas, com o objetivo de evitar a formação de monopólios (Cade, 2018). Enquanto os remédios comportamentais são mais flexíveis, mas exigem monitoramento contínuo, os estruturais tendem a ser mais eficazes a longo prazo e de mais fácil controle pela Autoridade Antitruste, pois não demandam supervisão constante ou especialização técnica (Bacha, 2017). Entretanto, observa-se uma clara predominância da adoção de remédios comportamentais em detrimento de remédios estruturais nos julgados do Cade (Abreu, 2017)³.

Em vista do exposto e da relativa previsibilidade das etapas de análise antitruste, juntamente com o desenvolvimento mais robusto das teorias do dano pelo Cade, as partes que solicitam a aprovação de atos de concentração estão antecipando a necessidade de mitigar seus efeitos adversos, especialmente aqueles tratados por meios remédios comportamentais. Ao notificar suas operações, elas estão apresentando uma série de compromissos expressos em documentos submetidos para consideração. Esses compromissos incluem práticas como transparência nos processos, compromissos de não discriminação e medidas de governança destinadas a evitar o acesso a informações sensíveis do ponto de vista da concorrência, delineados em acordos de sócios/acionistas, contratos de gestão, contratos de fornecimento e outros instrumentos relevantes, de forma abrangente.

Cumprido esclarecer, conforme destacado pela Professora Ana Frazão (2017, p. 256-259), que a Lei de Defesa da Concorrência, diante da ampla variedade de práticas que podem ser utilizadas por agentes econômicos para limitar artificialmente a concorrência, adota um conceito abrangente e uma terminologia indeterminada ao definir o ilícito concorrencial. Isso atribui aos aplicadores da lei a responsabilidade de detalhar as condições necessárias para sua configuração.

Nesse contexto, o que é relevante para o presente trabalho é que, em regra, estruturas formadas a partir de atos de concentração costumam ser avaliadas por meio de análises de efeitos e justificativas que não são pré-definidas pela lei. Isso cria espaço no controle de concentração para, no caso concreto, antecipar possíveis atitudes que possam gerar danos à concorrência, aplicando-se remédios conforme necessário ou, como na temática em questão, para estipulação de encargos prévios pelas próprias requerentes de operações.

Logo, este artigo se propõe a caracterizar os compromissos previamente assumidos pelas partes requerentes de atos de concentração, considerando a perspectiva do Cade e fundamentando-se em casos recentes julgados pela Autarquia, abordando os riscos empresariais associados a essas estipulações. Além disso, busca-se discutir os desafios relativos ao monitoramento e controle desses compromissos pela Autoridade Antitruste, destacando a importância da transparência e especificidade na divulgação e avaliação desses compromissos.

3 No período analisado pela pesquisadora, de 2012 a 2017, os remédios comportamentais foram aplicados quatro vezes mais do que os remédios estruturais.

2 COMPROMISSOS PRÉVIOS A PARTIR DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO N.º 08700.003437/2023-14 (OILTANKING LOGÍSTICA BRASIL LTDA. E OUTRAS) E 08700.009905/2022-83 (SUSTAINIT PTE LTD. E OUTRAS)

Com o objetivo de esclarecer o conceito de “compromissos prévios” à luz da jurisprudência da Autoridade de Defesa da Concorrência brasileira, foi realizada uma análise, com o apoio da Seção de Apoio à Gestão Processual (SAGPRO) do Cade, dos atos de concentração aprovados sem restrições pelo seu Tribunal Administrativo entre 2021 e setembro de 2024⁴⁻⁵⁻⁶. O intuito foi identificar casos em que a aprovação estivesse expressamente vinculada a tais compromissos, a partir do voto condutor da decisão. Dentre os 17 casos analisados, constatou-se que 5 se encaixavam na situação descrita⁷. No entanto, dada sua relevância e atualidade, os atos de concentração n.º 08700.003437/2023-14 (Oiltanking Logística Brasil Ltda. e outras) e n.º 08700.009905/2022-83 (Sustainit Pte Ltd. e outras) foram utilizados como principais referências.

No que toca ao ato de concentração n.º 08700.003437/2023-14 (Oiltanking Logística Brasil Ltda., Queiroz Participações S/A e Copa Energia Distribuidora de Gás S.A.), estava sob discussão a formação de uma *joint venture* entre as empresas requerentes, visando a construção e operação de um empreendimento *greenfield* de armazenamento de GLP em um terminal no Porto de Suape, localizado em Ipojuca, Pernambuco. O processo foi encaminhado ao Tribunal após um recurso da Terceira Interessada, que, dentre os argumentos apresentados, expressou preocupação com o risco de fechamento do mercado para terceiros, devido ao fato de que duas das empresas requerentes já atuavam no mercado de distribuição de GLP.

Entretanto, conforme destacado no voto do Conselheiro-Relator Diogo Thomson, à época da apresentação do ato de concentração ao Cade, as Requerentes já haviam estipulado em seus instrumentos mecanismos balizadores das problemáticas concorrenciais inerentes ao caso, quais sejam⁸:

4 **Todos os processos do Cade mencionados neste artigo podem ser consultados em:** <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.

5 A SAGPRO, com base nos metadados preenchidos em processos administrativos de análise de atos de concentração econômica, identificou os seguintes processos aprovados sem restrições pelo Tribunal do Cade entre 2021 e setembro de 2024 (incluindo casos de avocação pelo Tribunal): 08700.003437/2023-14, 08700.001197/2022-32, 08700.007988/2022-76, 08700.008322/2022-35, 08700.009905/2022-83, 08700.002922/2021-17, 08700.003130/2021-51, 08700.003528/2020-15, 08700.003959/2022-35, 08700.004540/2021-10, 08700.006299/2021-63, 08700.000059/2021-55, 08700.002747/2021-50, 08700.003258/2020-34, 08700.003969/2020-17, 08700.004940/2020-44, 08700.006656/2020-11.

6 No ato de concentração n.º 08700.004540/2021-10 ocorreu discussão sobre proposta de desinvestimento voluntário (§§ 540 e ss., do voto do Conselheiro Relator) mas que não foram citadas no presente trabalho tendo em vista seu foco em remédios comportamentais.

7 Dos cinco processos identificados (08700.003437/2023-14, 08700.009905/2022-83, 08700.003130/2021-51, 08700.004540/2021-10 e 08700.000059/2021-55), apenas o ato de concentração n.º 08700.004540/2021-10 não foi diretamente mencionado, uma vez que não houve, no âmbito deste processo, discussões aprofundadas sobre o tema em questão.

8 “102. (...) Primeiramente, observa-se a imposição no Acordo de Acionistas (SEI 1233441) de cláusula que atribui à OTLB toda a gerência sobre os aspectos operacionais e comerciais do terminal, reservando às sócias COPA e NGB apenas o aporte financeiro. Essa clara delimitação de responsabilidades visa assegurar uma gestão independente da *joint venture* perante as acionistas, conforme preconizado no primeiro critério (i) estabelecido no precedente mencionado.

103. Além disso, o Acordo prevê a designação de um *compliance officer* para fazer cumprir toda a legislação concorrencial e societária, evidenciando um compromisso com a conformidade legal e o respeito aos princípios éticos e regulatórios, conforme exigido pelo critério (ii). O estabelecimento de critérios de eleição no Conselho de Administração também é ponto apresentado nos documentos apresentados pelas Requerentes, visando evitar a criação de vínculos inadequados entre novos conselheiros e o setor de GLP. Isso demonstra uma preocupação com a garantia da autonomia e independência das decisões da *joint venture*, conforme preconizado pelo critério (iv).

104. Ademais, o contrato da *joint venture* estabelece o livre acesso e princípios de não discriminação, reforçando a transparência e igualdade de tratamento entre os clientes do terminal. Essa premissa, juntamente com a submissão de todos os contratos

a) Acordo de acionistas estipulando que:

- i) a gerência sobre aspectos operacionais e comerciais do empreendimento seriam destinados a sócia que não concorre no mercado de distribuição de GLP, para assegurar a independência da *joint venture*;
- ii) designação de *compliance officer* para cumprimento da legislação concorrencial e empresarial;
- iii) critérios de eleição do Conselho de Administração visando evitar a criação de vínculos inadequados entre novos conselheiros e o setor de GLP.

b) Contrato da *joint venture* estabelecendo o livre acesso ao terminal e a vinculação a princípios de não discriminação; e

c) Contratos *take or pay* submetidos à política comercial pública, em prol de uma operação justa e equitativa para todos os envolvidos.

Nesse sentido, no caso em questão, foi possível observar que, em diversos instrumentos relacionados à operação — como o acordo de acionistas, o contrato de constituição da *joint venture* e os contratos *take or pay* —apresentados pelas requerentes desde sua notificação, foram assumidos compromissos por meio da estipulação de princípios orientadores, como a não discriminação e o livre acesso, além de formas de governança e políticas comerciais não discriminatórias. Esses compromissos, conforme o voto do Conselheiro Diogo Thomson, representaram uma iniciativa das requerentes para atender a “critérios sinalizados e consolidados previamente pela jurisprudência do Cade, demonstrando o caráter pervasivo das decisões deste colegiado em direção à previsibilidade, transparência e segurança jurídica.” Assim, tais compromissos foram um dos fatores que influenciaram a compreensão do Tribunal, que, por unanimidade, decidiu que a operação apresentava estruturas claras e concretas para mitigar eventuais condutas discriminatórias por parte das requerentes, considerando a integração vertical resultante da operação⁹.

Assim, identificado o poder de mercado e a probabilidade de seu uso em detrimento de outros *players* e consumidores, apurado a existência de eficiências (notadamente um investimento *greenfield* em armazenamento de GLP, que se destaca como um insumo essencial, especialmente para a região Nordeste do Brasil), os compromissos prévios assumidos pelas partes foram uma das razões que ensejaram uma aprovação integral da operação em seus próprios termos, sem a necessidade de celebração de ACC, mas que, cuja métrica de análise de sua suficiência e adequação partiram justamente de seu tratamento como um remédio, tendo sido citado e analisado os compromissos/estipulações do ato de concentração a partir do Guia de Remédios do Cade (Cade, 2018, p. 14), *in verbis*:

take or pay à Política Comercial pública (SEI 1233441), assegura uma operação justa e equitativa para todos os envolvidos, em conformidade com o critério (iii).” (SEI 1352439)

9 “Neste sentido, entende-se que o conjunto de dispositivos apresentados pelas Requerentes reflete a adequação das normativas de governança da *joint venture*, estabelecendo estruturas claras e robustas para garantia da integridade das operações, da conformidade legal e da transparência nas relações comerciais, atendendo assim aos critérios relevantes identificados por este Tribunal.” | “Neste sentido, diante de todas as garantias firmadas na constituição da *joint venture* objeto da operação, da regulação incidente e da análise concorrencial acima detalhada, parece-nos desproporcional a adoção de qualquer medida comportamental adicional” (SEI 1352439).

Um remédio antitruste deve ser proporcional no sentido de impor ações mitigadoras necessárias, adequadas e suficientes à efetiva reversão do potencial prejuízo à concorrência decorrente especificamente do AC. Essa proporcionalidade requer, em primeiro lugar, que as medidas aplicadas sejam capazes, por si só, de sanar os problemas concorrenciais identificados. Por outro lado, implica que se evite a adoção de remédios que ultrapassem o necessário para restaurar a concorrência no mercado. Além disso, a proporcionalidade busca preservar eventuais sinergias entre as Requerentes, desde que garantida a supressão dos danos potenciais à concorrência gerados pela operação.

Similar ao primeiro caso tratado, também é possível citar o ato de concentração nº 08700.009905/2022-83 (Sustainit Pte Ltd., Cargill, Incorporated, Louis Dreyfus Company Participations B.V. e Adm International Sarl), que foi avocado pelo Tribunal do Cade. A operação objetivou a formação de uma *joint venture* entre as requerentes com atuação em diferentes estágios da cadeia de produção de *commodities* agrícolas, com o propósito de desenvolver e operar uma plataforma voltada ao rastreamento de métricas de sustentabilidade nas cadeias de suprimentos alimentícios e agrícolas, utilizando metodologias e classificações padronizadas para mensurar o impacto gerado pelas atividades dos agentes econômicos em temas relativos à sustentabilidade.

Conforme destacado no voto do Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani, duas teorias do dano permeiam a análise do caso:

(i) possíveis efeitos unilaterais da criação ou imposição de padrões de sustentabilidade que resultem em efeitos exclusionários ou discriminatórios e, (ii) acesso a informações concorrencialmente sensíveis de concorrentes, fornecedores ou clientes por parte das Requerentes, na condição de administradoras da plataforma.

No âmbito do presente artigo, volta-se a segunda problemática, de acesso a informações concorrencialmente sensíveis entre competidores que, com a avocação do caso, durante o julgamento, levaram as partes a juntarem nos autos do processo protocolo antitruste e acordo de acionistas¹⁰, mitigando tal questão, conforme sistematizado no quadro a seguir pelo Conselheiro-Relator, dentre outras medidas:

¹⁰ “Importante destacar que, na ocasião da homologação da proposta de avocação pelo Tribunal, havia apenas um compromisso no Acordo de Acionistas, em que as Requerentes se comprometiam a adotar políticas específicas para gerenciar riscos concorrenciais (SEI 1164583, cláusula 13.4), que ainda estavam em elaboração e não haviam sido formalizadas nos autos, além de obrigações que limitavam o compartilhamento de informações sensíveis e impunham o dever de notificar qualquer violação ou suspeita de violação à legislação aplicável” (SEI 1251141).



Quadro 1 – Compromissos assumidos no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.009905/2022-83

Instrumento	SEI	Cláusulas	Escopo
Acordo de Acionistas	SEI 1164581 e SEI 1164583	13.4	Compromisso de adotar políticas específicas para gerenciamento de riscos concorrenciais.
		13.6/13.7	Compromisso de não praticar qualquer ato que possa constituir violação a políticas comerciais em qualquer legislação aplicável e notificar acionistas e a JV se houver violação ou suspeita de violação.
		15.1	Vedação do compartilhamento de informações concorrenciaismente sensíveis entre Acionistas.
Protocolo Antitruste	SEI 1246456	Seção I	Equipe de <i>compliance</i> corporativo designada para garantir a efetividade e adesão do Protocolo pelas Acionistas, Membros do Conselho e funcionários da empresa, além de assegurar a independência do <i>Chief Compliance Officer</i> para cumprimento de suas funções.
		Seção II	Ausência de tratamento discriminatório e obrigações de preferência, exclusividade ou privilégio na utilização da plataforma e atribuição do <i>Chief Compliance Officer</i> em fiscalizar o cumprimento desses princípios.
		Seção III	Medidas de governança corporativa e regras específicas para garantir a independência da JV em relação às Acionistas e mitigar o risco de acesso e uso indevido de informações concorrenciaismente sensíveis em razão de interações envolvendo membros do Conselho de Administração, Empregados, Acionistas e a JV.
		Seção IV	Regras, políticas e procedimentos para proteção da privacidade de dados dos clientes e dos usuários da plataforma.
		Seção V	Treinamentos periódicos de conformidade concorrenciais e realização de auditorias para avaliar a implementação e cumprimento do Protocolo Antitruste.

Fonte: Processo Administrativo nº 08700.009905/2022-83, voto do Conselheiro-Relator Sérgio Ravagnani (SEI 1251141).

E, assim, levando em conta os compromissos e garantias assumidos pelas requerentes em instrumentos contratuais e no protocolo antitruste, o Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e aprovou-a sem restrições. Isso se deu nos termos do voto do Conselheiro-Relator, que considerou esses compromissos “suficientes para mitigar as preocupações concorrenciais relacionadas à troca de informações sensíveis e ao seu uso indevido para obter vantagens competitivas, excluindo ou prejudicando concorrentes, sem a necessidade de um trustee para monitorar tais compromissos.”

Portanto, os compromissos prévios mencionados referem-se essencialmente àqueles estipulados e formalizados pelas partes requerentes de atos de concentração durante sua notificação e, eventualmente, instrução, em instrumentos de natureza diversa (acordos de acionistas, protocolos antitruste, contratos e outros) de caráter eminentemente comportamental. Estes compromissos podem incluir tanto estipulações principiológicas a serem seguidas, quanto processos de gestão e atuação delineados pelas partes, considerando sua compreensão das etapas de análise concorrenciais e posições do Cade e a necessidade de mitigar potenciais efeitos nocivos à concorrência, vinculando as partes aos termos acordados.

3 QUALIFICAÇÃO DOS COMPROMISSOS PRÉVIOS PELO CADE

No referido ato de concentração nº 08700.009905/2022-83 (Sustainit Pte Ltd., Cargill, Incorporated, Louis Dreyfus Company Participations B.V. e Adm International Sarl) que visou a criação da *joint venture* voltada às questões de sustentabilidade, o Conselheiro Gustavo Augusto apresentou importante digressão sobre se, diante de compromissos prévios assumidos pelas partes, a Autoridade Antitruste, ainda assim, deveria firmar ACC, na busca de garantia da efetividade de tais compromissos. Ou seja, se seria possível uma aprovação sem restrições da operação com base nos compromissos prévios assumidos pelas próprias partes:

Diante desse tipo de situação, qual seja, de presença de preocupações concorrenciais de um lado, e de compromissos comportamentais assumidos pela própria empresa do outro, qual deve ser o papel do CADE? **Deve a autoridade antitruste impor, necessariamente, a assinatura de um ACC (acordo em controle de concentração), contendo os compromissos comportamentais já assumidos pelos requerentes, para dar enforcement a essas obrigações?** Ou deve a autoridade antitruste examinar as restrições autoimpostas pelas requerentes como premissas da operação, pressupondo que as mesmas serão cumpridas pelas requerentes sem a necessidade de um monitoramento externo? (Lima, 2023, grifo nosso).

Do impasse, restou entendido que mesmo que os compromissos assumidos pelas requerentes não se transmutessem em um pacote rígido de remédios, com prazos e obrigações bem definidas, mas sim, em um protocolo antitruste mais aberto, não seria necessário, diante da existência deste, de se firmar um ACC, eis que

passa a ser a premissa da aprovação da operação. Se o protocolo se mostrar insuficiente, ou seja, se a premissa da aprovação da operação não se confirmar, a própria aprovação da operação pode ser revista por este Tribunal, como previsto expressamente no art. 91 da Lei de Defesa da Concorrência.

O referido artigo 91 da Lei de Defesa da Concorrência¹¹ estabelece que a aprovação de uma operação pelo Tribunal poderá ser revisada se a decisão se basear em informações falsas ou enganosas fornecidas pelo interessado, se houver descumprimento das obrigações assumidas ou se os benefícios esperados não forem alcançados. Em caso de ocorrência dessas situações, a pessoa ou entidade responsável pela falsidade ou engano estará sujeita a uma multa pecuniária, cujo valor pode variar de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), conforme determinado pelas normas do Cade. Além da multa, poderá ser aberto um processo administrativo e adotadas outras medidas cabíveis conforme previsto na lei.

Nesse sentido, identificando o Órgão Antitruste que as premissas em que se basearam para aprovação sem restrição das operações se mostraram falsas, eis que as partes quando da

11 “Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Parágrafo único. Na hipótese referida no caput deste artigo, a falsidade ou enganosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis” (Brasil, 2011).



notificação da concentração econômica assumiram obrigações comportamentais para mitigar seus efeitos concorrenciais potencialmente nocivos, a aprovação pode ser revista e, mais além, voltando-se ao voto do Conselheiro Gustavo Augusto, no ato de concentração nº 08700.009905/2022-83, o descumprimento dessas condições poderia resultar na imposição de sanções por meio do controle de condutas em caso de abuso ou até mesmo na configuração de *gun jumping* se a operação for realizada de maneira diferente daquela notificada ao Tribunal¹².

De forma similar aos casos base aqui citados, o Cade assumiu a mesma qualificação dos compromissos enquanto premissas para aprovação sem remédios de operação nos casos abaixo (grifos nossos):

Quadro 2 – Qualificação dos compromissos prévios pelo Cade em outros Atos de Concentração

Processo Administrativo	Decisão do Tribunal	Voto Conselheiro-Relator
<p>Ato de concentração nº 08700.003130/2021-51</p> <p>Louis Dreyfus Company Brasil S.A., Amaggi Exportação e Importação Ltda., Dalablog Participações Ltda., Cargill Agrícola S.A., SARTCO Ltda., Carguero Inovação Logística e Serviços S.A. e Green Net Administradora de Cartão Ltda.</p>	<p>“O Plenário, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pela terceira interessada e manteve a decisão de aprovação sem restrições da operação, nos termos do voto do Conselheiro Relator” (SEI 1029559).</p>	<p><i>Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani</i></p> <p>Ementa: “3. Garantias quanto à gestão independente de empresa sujeita a controle comum entre concorrentes, existência de mecanismos de controle, monitoramento e tratamento do fluxo de informações sensíveis no âmbito de órgãos decisório e acionistas, podem mitigar preocupações concorrenciais relacionadas ao exercício de coordenado e compartilhamento de informações concorrenciais sensíveis entre concorrentes”.</p> <p>“98. Assim, as alegações das Requerentes encontram respaldo na racionalidade econômica da Operação, demonstrada por meio de documentos internos preparados no contexto da Operação, que mitigam as preocupações concorrenciais derivadas de eventual utilização da Carguero em benefício dos negócios principais das Acionistas.</p> <p>99. Com relação aos riscos da utilização da Carguero como forma de facilitar a coordenação e a troca de informações concorrenciais sensíveis entre concorrentes, as Requerentes apontam compromissos contratuais assumidos para garantir a conformidade da Operação à legislação concorrential [...]”.</p> <p>“106. Observo que as garantias e compromissos contratuais assumidos pelas Requerentes compreendem estruturas de organização interna, procedimentos e obrigações comportamentais já adotados em precedentes do Cade, a exemplo de estruturas de governança para assegurar a gestão independente do negócio-alvo perante as Acionistas, mecanismos de controle, monitoramento e tratamento do fluxo de informações sensíveis no âmbito dos órgãos decisórios e funcionários da Carguero, buscando assegurar que as interações entre as Acionistas, concorrentes em outros mercados, estejam em conformidade com a legislação concorrential.</p> <p>107. Nesse sentido, verifico que as salvaguardas concorrenciais apresentadas são suficientes para mitigar os riscos de coordenação e troca de informações concorrenciais sensíveis entre as Requerentes, e concluo pela aprovação da Operação sem restrições, por desnecessária a intervenção desta autoridade nesse momento.</p> <p>108. Não obstante, acompanho as considerações da SG no sentido de alertar as Requerentes que <u>eventual modificação, descumprimento ou negligência em relação às diligências assumidas por estas e adotadas como razões para decidir neste Ato de Concentração, pode ensejar a revisitação da matéria em análise de conduta e a eventual revisão deste Ato de Concentração, caso verificada a hipótese do art. 91 da Lei nº 12.529/2011, bem como a prestação de qualquer outra informação que se comprove falsa ou enganosa</u>”.</p>

¹² “Contudo, reforço: a adoção do protocolo antitruste, e das restrições apresentadas na notificação da presente operação, são, sim, obrigatórias e vinculantes. O seu descumprimento pode levar à revisão da presente operação; à imposição de sanção por meio do controle de condutas, no caso de eventual abuso; ou mesmo à configuração de *gun-jumping*, se a operação for consumada de forma diversa da que foi notificada a este Tribunal”.

<p>Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55</p> <p>Magalu Pagamentos Ltda. e Hub Prepaid Participações S.A.</p>	<p>“O Plenário, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pela terceira interessada e manteve a decisão de aprovação da operação sem restrições proferida pela Superintendência-Geral, no Despacho nº 383/2021, nos termos do voto do Conselheira Relatora” (SEI 0894207).</p>	<p>Conselheira-Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira</p> <p>Ementa: “3. Ademais disso, a existência de salvaguardas de ordem contratual, legal e regulatória suficientemente robustas afasta os incentivos e a possibilidade de que as Requerentes venham a acessar tais informações e explorá-las de modo indevido ou ilícito”.</p> <p>“80. Corroborando esse compromisso, os instrumentos contratuais que se inserem nesse setor normalmente contam com cláusulas de confidencialidade voltadas justamente para reforçar a impossibilidade de que as instituições possam explorar os dados armazenados para outros fins. Esse, inclusive, é o caso concreto entre Hub e Mercado Pago.</p> <p>81. Conforme demonstrado pelas Requerentes, o contrato firmado entre Mercado Pago e Hub contempla Cláusula de Confidencialidade [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES E AO TERCEIRO INTERESSADO]: [...]”</p> <p>“88. Todas essas salvaguardas se mostram suficientemente robustas para impedir que a Hub transfira os dados de clientes para a Magalu Pagamentos e extraia vantagens ilícitas com essas informações. O arcabouço formado pelas disposições contratuais, legais e regulatórias se mostra altamente desfavorável para a tomada de riscos pelas Requerentes e mitiga eventuais incentivos que elas teriam para explorar ilicitamente os dados”.</p> <p>“103. Ademais, como já exposto, o descumprimento das salvaguardas contratuais, legais e regulatórias submeterá as Requerentes à responsabilização em variadas esferas, havendo, inclusive, a possibilidade de que se acione o controle de condutas para averiguar a ocorrência de prática anticompetitiva”.</p>
--	--	--

Fonte: elaboração própria.

Finalmente, cumpre destacar os termos do voto do Conselheiro-Relator Sérgio Ravagnani no ato de concentração nº 08700.009905/2022-83, que abordou a importância de que os compromissos prévios sejam formalizados através de instrumentos adequados e não somente por meio de esclarecimentos em petições nos autos para lhes conferir segurança e confiabilidade¹³.

4 REVISÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO E RISCOS ÀS PARTES REQUERENTES

Os compromissos prévios em atos de concentração, formalizados pelas partes envolvidas e apresentados ao Cade, conforme tratado, desempenham um papel crucial na mitigação de potenciais efeitos concorrenciais nocivos, substituindo, assim, quando suficientes, a imposição de remédios através de ACCs. Ademais, ao endereçarem prontamente as preocupações inerentes à operação intentada, esses compromissos facilitam o processo de análise e deferimento dos atos de concentração pelo Órgão de Defesa da Concorrência, reduzindo os custos associados à negociação de remédios, traduzindo-se em aspecto claramente benéfico às partes requerentes.

Contudo, é importante reconhecer que há riscos inerentes aos compromissos prévios

¹³ “Embora as Requerentes tenham buscado esclarecer de forma mais detalhada quais seriam as salvaguardas concorrenciais a serem implementadas, em diligência realizada pela SG a esse respeito (SEI 1199710), considero relevante que esses compromissos sejam **formalizados em instrumentos adequados, de forma que este Conselho possa se debruçar sobre a suficiência desses compromissos com maior segurança**.”

Assim, para casos futuros que envolvam preocupações similares quanto ao risco de troca de informações sensíveis entre concorrentes, entendo que as partes interessadas devem empreender seus melhores esforços para apresentar ao Cade as versões mais definitivas e completas possíveis dos compromissos que pretendam assumir para mitigar tais preocupações. A formalização desses compromissos específicos em instrumentos adequados e **não somente por meio de esclarecimentos em petições** nos autos é relevante para conferir segurança e confiabilidade aos compromissos assumidos pelas partes” (grifos nossos).



mais principiológicos e estipulados de forma mais aberta, ou seja, menos descritivos e completos. Enquanto esses compromissos podem oferecer flexibilidade e permitir que as partes adaptem os remédios às suas próprias estruturas de negócios, a falta de clareza e concretude pode gerar incertezas significativas.

Retornando à teoria geral do Direito, Robert Alexy (2015) já destacava em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais” que os princípios são deveres *prima facie*, pois consistem em mandamentos de otimização, nos quais o conteúdo do dever (aquilo que deve ser feito) deve ser cumprido na maior medida possível, considerando as limitações fáticas e normativas. No contexto da presente discussão, compromissos prévios de natureza mais principiológica podem gerar divergências quanto ao seu alcance e conteúdo, resultando em ambiguidades que poderiam levar às consequências tratadas no tópico anterior: revisão do ato de concentração na forma do art. 91, da Lei de defesa da concorrência, configuração de conduta abusiva e até mesmo *gun jumping*.

Tal problemática é evidenciada no trecho de voto do Conselheiro Sérgio Ravagnani, no Ato de Concentração nº 08700.009905/2022-83, a saber:

Ressalto, portanto, a preocupação e o cuidado para que os compromissos de conformidade concorrencial ***não sejam genéricos e vagos, mas suficientemente delimitados e claros, quanto ao tipo de comportamentos a serem evitados e aqueles que devem ser mantidos e estimulados.*** Alguns cuidados adicionais para garantir a efetividade desses compromissos são recomendados e foram implementados no caso em julgamento, a exemplo da (i) designação de profissionais com poderes e responsabilidades claras para assegurar a implementação e o cumprimento das medidas de conformidade concorrencial; e a (ii) previsão de mecanismos de proteção capazes de mitigar os riscos concorrenciais e contribuir para a formação de incentivos internos adequados ao cumprimento das regras legais. Ademais, medidas que revelam o compromisso da alta administração em dar efetividade ao Protocolo Antitruste são uma sinalização importante de confiança nas medidas propostas pelas partes ao Cade (grifo nosso).

Para ilustrar exemplos concretos de obrigações comportamentais mais claras e específicas, recorre-se aos próprios ACCs firmados pelo Cade. Em vez de assumir obrigações amplas relacionadas aos princípios de não ingerência, não discriminação, confidencialidade, livre contratação, entre outros, as Requerentes comprometeram-se a:

Quadro 3 – Compromissos comportamentais em Acordos em Controle de Concentração firmados pelo Cade

Ato de Concentração	Requerentes	Compromisso (ACC)
08700.002488/2022-48	Viação Águia Branca S.A. e JCA Holding Transportes, Logística e Mobilidade Ltda.	<p>“3.2.3. As Compromissárias se comprometem, desde já, por meio de aditivo contratual, a adicionar cláusula no Acordo de Investimento, de forma que passe a contar com cláusula expressa de manutenção da JCA e da VAB como pessoas jurídicas separadas da Busco, com estruturas de administração, operação e governança independentes”.</p> <p>“3.3.4. As Compromissárias se comprometem ainda a incluir cláusula nos contratos a serem celebrados pela Busco com viações parceiras que estabeleça expressamente a proibição de divulgação e/ou troca de Informações Concorrencialmente Sensíveis entre a Busco e viações parceiras”.</p>
08700.004940/2022-14	Companhia Ultragaz S.A., Bahiana Distribuidora de Gás Ltda. e Supergasbras Energia Ltda	<p>“3.5.1. A fim de facilitar a entrada de Novos Entrantes nos mercados de GLP envasado afetados pela Operação, as Compromissárias se comprometem a conceder acesso às Unidades, mediante disponibilização de capacidade ociosa, na modalidade de prestação de serviços de envase a congêneres e seguindo os termos usualmente aplicáveis a essa modalidade, pelo prazo de duração dos Contratos de Consórcio, conforme alterado pela cláusula 3.2, e enquanto a respectiva Unidade estiver em atividade.</p> <p>3.5.2. A obrigação prevista nesta cláusula 3.5 será válida desde que a contraparte preencha todos os critérios objetivos relacionados à capacidade e regularidade, sendo tal rol taxativo e não exemplificativo, não podendo outros itens serem exigidos: [...].</p> <p>3.5.3. Para fins da obrigação prevista nesta cláusula 3.5, será considerado haver disponibilidade de capacidade em uma determinada Unidade quando ela possuir capacidade para absorver o volume adicional do terceiro solicitante, levando em consideração, como referência, o volume mensal realizado no ano anterior pelas Compromissárias, sem a necessidade de programação de turno adicional aos turnos que estejam em operação no momento da solicitação do terceiro. [...]</p> <p>3.5.5. A obrigação prevista nesta cláusula 3.5 é válida apenas para enchimento de botijões de marca própria da contratante. Havendo decisão judicial, legislação estadual ou municipal ou alteração regulatória que determine ou permita o enchimento de botijões de outra marca (i.e., botijões que não sejam de marca própria da distribuidora contratante), a obrigação prevista nesta cláusula 3.5 se torna inválida, restando apenas a obrigação de que as Compromissárias comuniquem a situação ao Trustee de Monitoramento”.</p>

Fonte: elaboração própria, a partir de dados do Cade (Acordo [...], 2024).

Logo, é fundamental reconhecer que, embora a adoção de compromissos prévios possa oferecer benefícios, é essencial garantir que tais compromissos sejam claros, específicos e descritos de maneira precisa. A falta de clareza e concretude pode expor as partes a um risco desnecessário, aumentando a probabilidade de litígios e desafios concorrenciais e regulatórios, o que poderia, em última análise, comprometer o sucesso da transação. Portanto, a atenção meticulosa à redação e detalhamento dos compromissos prévios é fundamental para mitigar os riscos dos requerentes associados e garantir uma análise transparente e eficaz por parte da Autoridade Antitruste.



5 CONTROLE POSTERIOR DOS COMPROMISSOS PELO CADE

No campo doutrinário, remanesce debate sobre a eficácia do monitoramento de remédios comportamentais em comparação aos estruturais, sendo estes últimos mais favoráveis para a Autoridade Antitruste. Isso se deve ao fato de que, diferentemente de remédios estruturais, remédios comportamentais usualmente demandam *expertises* excessivamente dispendiosas e geram custos contínuos de monitoramento (Bacha, 2017). Assim, a escolha entre remédios estruturais e comportamentais deve levar em conta não apenas a viabilidade técnica e econômica, mas também a capacidade de monitoramento e garantia de conformidade com as medidas propostas.

No entanto, os compromissos prévios assumidos pelas partes parecem enfrentar desafios semelhantes aos remédios comportamentais em termos de controle. A capacidade de garantir o cumprimento efetivo desses compromissos e a verificação de sua conformidade ao longo do tempo são questões cruciais que podem levantar preocupações sobre sua eficácia e efetividade, especialmente quando se considera o risco de comportamentos anticompetitivos das partes envolvidas.

Porém, em parte, a problemática poderia ser suprida por concorrentes que têm a possibilidade de realizarem denúncias ao Cade pelo descumprimento desses compromissos. Entretanto, é importante ressaltar que muitos dos documentos que preveem tais compromissos, os quais passaram a ser premissa da operação aprovada, são sigilosos. Isso significa que o monitoramento dos concorrentes seria, em certa medida, comprometido.

Diante desse cenário, é crucial que a Autarquia deixe claro e seja mais específica e detalhada possível sobre quais foram os compromissos assumidos. Isso não só aumentaria a transparência do processo, mas também facilitaria o acompanhamento e a verificação do cumprimento desses compromissos por todos os interessados. A divulgação precisa dessas informações pode ajudar a mitigar os riscos associados à falta de monitoramento efetivo e garantir a aplicação adequada das medidas para preservar a concorrência no mercado.

6 CONCLUSÃO

Em síntese, os compromissos prévios emergem como instrumentos complementares para a mitigação dos efeitos nocivos à concorrência decorrentes de atos de concentração, somando celeridade ao processo de análise e aprovação de tais pelo Cade. Ao estipularem compromissos, as partes requerentes conseguem reduzir os custos associados à negociação de remédios, promovendo uma análise mais eficiente por parte da Autoridade Antitruste. Contudo, é imperativo que esses compromissos sejam elaborados de forma clara, específica e precisa, evitando quaisquer ambiguidades que possam comprometer a segurança jurídica.

Nos casos analisados, os compromissos prévios foram avaliados e reconhecidos como suficientemente delimitados e claros, abordando comportamentos a serem evitados e aqueles que devem ser mantidos e estimulados. É crucial evidenciar que o descumprimento desses compromissos pode acarretar consequências sérias, tais como a revisão da operação, caracterização de conduta abusiva e até mesmo *gun jumping*. Portanto, as partes devem estar plenamente conscientes da importância da conformidade e das implicações jurídicas de seu não cumprimento.

Embora o controle posterior dos compromissos pelo Cade apresente desafios similares aos remédios comportamentais, a divulgação precisa das informações relacionadas a esses compromissos pode mitigar os riscos associados à falta de monitoramento efetivo. Assim, a transparência e especificidade por parte da Autoridade Antitruste na identificação e descrição dos compromissos assumidos pelas partes são fundamentais para facilitar o acompanhamento e a verificação de seu cumprimento.

REFERÊNCIAS

ABREU, Thaianie Vieira Fernandes de. Análise dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/11. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 23, n. 2, 2017, pp. 64-81. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a22gr2h>. Acesso em: 04 mar. 2024.

ACORDO em Controle de Concentração (ACC). **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yggwmj2>. Acesso em: 10 out. 2024.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACHA, Maria Gabriela Castanheira. Função do CADE no controle de estruturas: uma análise dos acordos em controle de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 23, n. 2, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/29ek8qt2>. Acesso em: 4 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 29 mar. 2024.

CABRAL, Patrícia Semensato; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 4, n. 1, 2016, p. 57-94. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xkfhggx>. Acesso em: 4 mar. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, DF: Cade, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/29xkgkep>. Acesso em: 4 mar. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília, DF: Cade, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/224ydtsr>. Acesso em: 4 mar. 2024.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

