

RECURSO ESPECIAL Nº 1.975.739 - DF (2021/0379537-4)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE
RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA
RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA
ADVOGADO : LUDMYLLA SCALIA LIMA - DF037743A
INTERES. : MONSANTO COMPANY
ADVOGADO : MARIA EUGENIA DEL NERO POLETTI - SP165104A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONCORRENCIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. OFENSA AOS ARTS. 2º E 54 DA LEI N. 8.884/1994. EXTRATERRITORIALIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE. TEORIA DOS EFEITOS. POTENCIALIDADE LESIVA DE ACORDO DE COOPERAÇÃO FIRMADO NO EXTERIOR PARA MERCADO RELEVANTE DE ABRANGÊNCIA MUNDIAL. EMPRESAS COM FATURAMENTO BRUTO NO BRASIL SUPERIOR AO PATAMAR DO ART. 54, § 3º, DA LEI N. 8.884/1994. OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO DO CONTRATO AO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DA AVENÇA SUFICIENTE À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA FORMAL PREVISTA NO ART. 54, §§ 4º E 5º, DA LEI N. 8.884/1994. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – A ausência de similitude fática entre os julgados confrontados impede o exame do Recurso Especial interposto com amparo na alínea c do permissivo constitucional.

III – O art. 2º da Lei n. 8.884/1994 adota a teoria dos efeitos segundo a qual a legislação brasileira antitruste aplica-se a fatos ocorridos no exterior cujas implicações possam afetar, no todo ou em parte, o território nacional.

IV – A verificação empírica da produção de consequências locais de acordos restritivos da concorrência praticados em solo alienígena exige avaliação do grau de impacto de tais atos para determinado mercado relevante, compreendido como o espaço geográfico onde produtos podem ser produzidos, vendidos e razoavelmente substituídos uns pelos outros, e no qual a atuação dos agentes econômicos possui aptidão para influir na conduta praticada pelos demais *players* do mercado.

V – A desconsideração dos contornos do mercado relevante delimitado pelo CADE exige elevada carga probatória e argumentativa para afastar a abrangência do setor econômico potencialmente afetado pela prática

Superior Tribunal de Justiça

concorrencial submetida a controle, notadamente em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da orientação jurisprudencial no sentido de atribuir aos juízes e tribunais o dever de emprestar deferência às decisões tomadas por autarquias dotadas de ampla expertise técnica. Precedentes.

VI – Ainda que celebrado no exterior, ato de cooperação para o desenvolvimento de novas sementes de milho geneticamente modificadas impacta mercado relevante de abrangência mundial, impondo-se sua submissão ao CADE quando entabulado por empresa ou grupo de empresas com registro de faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil, em virtude da presunção de produção de efeitos restritivos prevista no art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994.

VII – Em casos nos quais obrigatório o controle de estruturas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a superação do prazo de 15 dias estabelecido no art. 54, § 4º, da Lei n. 8.884/1994 é suficiente à imposição da multa prevista no § 5º do mesmo preceito legal.

VIII – Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau que julgar improcedente o pedido, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues, Benedito Gonçalves (Presidente) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dra. FLAVIA MARIA PELLICIARI SALUM, pela parte
RECORRIDA: DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2022 (Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.975.739 - DF (2021/0379537-4)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

**RECORRENTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE**

RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

ADVOGADO : LUDMYLLA SCALIA LIMA - DF037743A

INTERES. : MONSANTO COMPANY

ADVOGADO : MARIA EUGENIA DEL NERO POLETTI - SP165104A

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA REGINA HELENA COSTA

(Relatora):

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE** contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento de Apelação, assim ementado (fl. 678e):

DIREITO DA CONCORRÊNCIA. ATO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA. CONTRATO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA PARA PESQUISA DE DESENVOLVIMENTO DE MILHO (OGM). ACORDO CELEBRADO EM PAÍS ESTRANGEIRO PARA SER EXECUTADO NO EXTERIOR. OPERAÇÃO QUE NÃO PRODUZ EFEITO ECONÔMICO NO MERCADO BRASILEIRO. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE DOS EFEITOS ECONÔMICOS DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO (ART. 2º DA LEI ANTITRUSTE). NÃO OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA AO CADE.

1. A norma do art. 2º da Lei 8.884/94 dispõe que se aplica a Lei Antitruste brasileira fora do território nacional, quando atos de concentração econômica realizados no exterior produzam ou possam produzir efeitos significativos no mercado interno brasileiro.

2. Contrato de cooperação técnica tendo como objetivo pesquisa de desenvolvimento de nova espécie de milho geneticamente modificado, celebrado e executado nos Estados Unidos não tem potencial de produzir efeitos no Brasil.

3. A submissão (notificação obrigatória) e aprovação do novo produto oriundo de ato de concentração empresarial ocorrerá se e quando for obtida autorização do CTNBio para produção da nova espécie de milho OGM em território brasileiro.

Superior Tribunal de Justiça

Somente com eventual autorização de CTNBio é que o ato de concentração poderá gerar efeitos econômicos no mercado brasileiro.

4. Apelação provida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 704/710e).

Com amparo no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, aponta-se, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 2º e 54 da Lei n. 8.884/1994, alegando-se, em síntese, que: *i)* devem ser submetidos à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC os atos que impactam ou tenham o potencial de prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços; *ii)* o art. 54 da Lei n. 8.884/1994 é aplicável aos atos de cooperação para desenvolvimento de novas tecnologias; *iii)* o acordo firmado entre as Recorridas possui aptidão para atingir o mercado brasileiro, pois as empresas envolvidas possuem faturamento bruto superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), evidenciando a necessidade de submissão obrigatória ao crivo das autoridades locais, como dispõe o art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994; e *iv)* o acordo pode produzir consequências no Brasil, aplicando-se, portanto, o art. 2º da Lei n. 8.884/1994, tendo em vista “[...] a própria natureza do mercado de desenvolvimento de novas variedades de milho geneticamente modificadas, que é inegavelmente de delimitação geográfica mundial, tendo, pois, o condão de produzir efeitos no mercado brasileiro, país notavelmente presente no mercado agropecuário mundial” (fl. 745e).

Com contrarrazões, o recurso foi admitido (fls. 844/846e).

O Ministério Público Federal se manifestou, na qualidade de *custos iuris*, opinando pelo provimento do Recurso Especial (fls. 865/880e).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.975.739 - DF (2021/0379537-4)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

**RECORRENTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE**

RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

ADVOGADO : LUDMYLLA SCALIA LIMA - DF037743A

INTERES. : MONSANTO COMPANY

ADVOGADO : MARIA EUGENIA DEL NERO POLETTI - SP165104A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONCORRENCIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. OFENSA AOS ARTS. 2º E 54 DA LEI N. 8.884/1994. EXTRATERRITORIALIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE. TEORIA DOS EFEITOS. POTENCIALIDADE LESIVA DE ACORDO DE COOPERAÇÃO FIRMADO NO EXTERIOR PARA MERCADO RELEVANTE DE ABRANGÊNCIA MUNDIAL. EMPRESAS COM FATURAMENTO BRUTO NO BRASIL SUPERIOR AO PATAMAR DO ART. 54, § 3º, DA LEI N. 8.884/1994. OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO DO CONTRATO AO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DA AVENÇA SUFICIENTE À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA FORMAL PREVISTA NO ART. 54, §§ 4º E 5º, DA LEI N. 8.884/1994. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – A ausência de similitude fática entre os julgados confrontados impede o exame do Recurso Especial interposto com amparo na alínea c do permissivo constitucional.

III – O art. 2º da Lei n. 8.884/1994 adota a teoria dos efeitos segundo a qual a legislação brasileira antitruste aplica-se a fatos ocorridos no exterior cujas implicações possam afetar, no todo ou em parte, o território nacional.

IV – A verificação empírica da produção de consequências locais de acordos restritivos da concorrência praticados em solo alienígena exige avaliação do grau de impacto de tais atos para determinado mercado relevante, compreendido como o espaço geográfico onde produtos podem ser produzidos, vendidos e razoavelmente substituídos uns pelos outros, e no qual a atuação dos agentes econômicos possui aptidão para influir na conduta praticada pelos demais *players* do mercado.

V – A desconsideração dos contornos do mercado relevante delimitado pelo CADE exige elevada carga probatória e argumentativa para afastar a abrangência do setor econômico potencialmente afetado pela prática concorrencial submetida a controle, notadamente em razão da presunção de

Superior Tribunal de Justiça

legitimidade dos atos administrativos e da orientação jurisprudencial no sentido de atribuir aos juízes e tribunais o dever de emprestar deferência às decisões tomadas por autarquias dotadas de ampla expertise técnica. Precedentes.

VI – Ainda que celebrado no exterior, ato de cooperação para o desenvolvimento de novas sementes de milho geneticamente modificadas impacta mercado relevante de abrangência mundial, impondo-se sua submissão ao CADE quando entabulado por empresa ou grupo de empresas com registro de faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil, em virtude da presunção de produção de efeitos restritivos prevista no art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994.

VII – Em casos nos quais obrigatório o controle de estruturas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a superação do prazo de 15 dias estabelecido no art. 54, § 4º, da Lei n. 8.884/1994 é suficiente à imposição da multa prevista no § 5º do mesmo preceito legal.

VIII – Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.975.739 - DF (2021/0379537-4)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

**RECORRENTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA-CADE**

RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

ADVOGADO : LUDMYLLA SCALIA LIMA - DF037743A

INTERES. : MONSANTO COMPANY

ADVOGADO : MARIA EUGENIA DEL NERO POLETTI - SP165104A

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA REGINA HELENA COSTA

(Relatora):

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

I. Da admissibilidade do Recurso Especial

De pronto, o Recurso Especial não pode ser conhecido com fundamento na alínea *c* do permissivo constitucional, pois não há similitude fática entre os julgados confrontados, uma vez que o acórdão recorrido analisou a obrigatoriedade da submissão de acordo de cooperação para o desenvolvimento de novas tecnologias de milho firmado no exterior ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, enquanto os arestos paradigma analisaram o termo inicial do prazo de 15 dias previsto no art. 54, § 4º, da Lei n. 8.884/1994 e os efeitos nacionais de ato de concentração alusivo à aquisição de Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte celebrado no exterior por empresas estrangeiras, constatando-se, assim, situações fáticas e jurídicas diversas.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO
REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TOMBAMENTO.**

VALOR HISTÓRICO, ARTÍSTICO E ARQUITETÔNICO DO IMÓVEL RECONHECIDO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO COM REGULAR TRAMITAÇÃO. DECRETO 25/37. A ANULAÇÃO DO ATO DE TOMBAMENTO DEPENDERIA DE REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Tendo o Tribunal de origem assegurado que restou devidamente demonstrado o valor histórico, artístico e arquitetônico do imóvel dos impetrantes, ora agravantes, e que o processo de tombamento tramitou regularmente, inclusive com a ativa participação dos interessados, modificar tal entendimento demandaria necessariamente o reexame do material fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta Corte Superior, nos termos da Súmula 7/STJ.

2. A incidência da Súmula 7/STJ também obsta o conhecimento do Recurso Especial pela alínea c do permissivo constitucional, na medida em que os julgados confrontados certamente são carecedores de similitude fática, o que é imprescindível à configuração da divergência jurisprudencial. Precedentes: AgRg no AREsp 506.273/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 27.06.2014 e AgRg no REsp. 1.178.673/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13.08.2012.

3. *Agravo Regimental desprovido.*

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 116.010/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. 05.08.2014, DJe 15.08.2014 – destaques meus).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM DE ADOLESCENTE A QUEM SE ATRIBUIU A PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL. EMPRESA DE TELEVISÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INFRINGÊNCIA DO ART. 247 DO ECA. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DE MULTA E SEU VALOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

(...)

4. *Por fim, não há que ser analisado o recurso com base na alínea "c" do permissivo constitucional, pois, segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte de Justiça, a demonstração do dissídio jurisprudencial impõe a ocorrência indispensável de similitude fática entre as soluções encontradas pelo acórdão recorrido e o paradigma, o que não*

ocorreu na hipótese dos autos 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.454.089/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, j. 07.08.2014, DJe 19.08.2014 – destaque meu).

De outra parte, relativamente à suscitada ofensa aos arts. 2º e 54 da Lei n. 8.884/1994, consigno que as questões federais debatidas foram satisfatoriamente prequestionadas, estando o Recurso Especial hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes outras questões prejudiciais e/ou preliminares a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Com efeito, em primeira instância, as partes foram intimadas a indicar as provas que pretendiam produzir (fl. 534e), tendo ambas ressaltado tratar-se de matéria exclusivamente de direito (fls. 555e e 559/560e). Além disso, é possível a reavaliação jurídica de fatos incontroversos constantes do acórdão recorrido, afastando-se, por conseguinte, o óbice da Súmula n. 07/STJ (cf. 1ª T., AgInt no AREsp n. 661.530/DF, relator Ministro GURGEL DE FARIA, j. 21.10.2019, DJe 24.10.2019; 2ª T., AREsp n. 1.342.583/MS, relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, j. 23.05.2019, DJe 07.06.2019).

Do mesmo modo, anote-se ter a Corte a *qua* dirimido a controvérsia com arrimo em fundamentos infraconstitucionais.

II. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, cuida-se de demanda ajuizada por **DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA.** e **MONSANTO COMPANY**, ora Recorridas, com o objetivo de anular a decisão proferida no Ato de Concentração n. 08012.012392/2007-15 mediante a qual o **CADE** impôs multa com fundamento no art. 54, § 5º, da Lei n. 8.884/1994.

Segundo a inicial, em 31.08.2007 as Recorridas firmaram o Contrato de Colaboração *Multi-Event* de Milho e de Licenciamento Cruzado (*Multi-Event Corn Collaboration and Cross-Licence Agreement*) nos Estados

Unidos da América, que “[...] versava sobre colaboração e licenciamento cruzado de tecnologias, com o objetivo de desenvolvimento de um novo produto mediante a combinação de *traits*, qual seja a geração de uma nova semente de milho denominada *SmartStax*” (fl. 15e), tendo o pacto sido voluntariamente submetido ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC no dia 05.10.2007.

Ao apreciar o mencionado ato de cooperação, o **CADE** reconheceu que o acordo tem o potencial de desencadear resultados no Brasil e, portanto, era de notificação obrigatória, razão pela qual aplicou a penalidade prevista no art. 54, § 5º, da Lei n. 8.884/1994 em virtude da submissão do negócio jurídico a controle em prazo superior a 15 dias de sua celebração.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente (fls. 563/571e).

No julgamento de Apelação, o tribunal de origem ressaltou a ausência de controvérsia quanto à apresentação do contrato após o transcurso do prazo de 15 contados da formalização da avença, contrariando o disposto no art. 54, § 4º, da Lei n. 8.884/1994. Entretanto, a Corte *a qua* reformou a sentença e anulou a multa administrativa aos fundamentos de que, embora acordos de cooperação empresarial devam ser submetidos ao **CADE**, o negócio jurídico em tela versa sobre o desenvolvimento de biotecnologia de nova semente de milho, foi firmado nos Estados Unidos da América – onde serão realizadas as pesquisas para permitir a conclusão da avença – e não possui aptidão para produzir efeitos no Brasil, motivo pelo qual não havia obrigatoriedade de sua notificação às autoridades antitruste, descabendo, à vista disso, a aplicação da penalidade inserta no § 5º do art. 54 da Lei n. 8.884/1994.

A questão debatida está, portanto, em definir se, à luz dos arts. 2º e 54 da Lei n. 8.884/1994, acordos de cooperação empresarial para o desenvolvimento de novas tecnologias de sementes de milho, celebrados em território estrangeiro e cujas pesquisas não se desenvolverão no Brasil, devem ser obrigatoriamente submetidos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC para aprovação e, em consequência, aferição da regularidade da aplicação da multa cominada § 5º do art. 54 do mesmo diploma legal.

III. Moldura normativa

Superior Tribunal de Justiça

A disciplina acerca do âmbito espacial de aplicação da legislação de defesa da concorrência está radicada, no plano infraconstitucional, atualmente, na Lei n. 12.529/2011 a qual dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e, outrora, na Lei n. 8.884/1994, vigente à época dos fatos e com tratamento normativo semelhante, diploma que já ostentava a redação hoje em vigor:

Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos (destaque meu).

O dispositivo estabelece critérios alternativos para a incidência da Lei Antitruste, quais sejam, (i) o do território onde praticada a conduta anticompetitiva ou (ii) o do local onde produzidas as implicações dos atos contrários à ordem econômica, bastando o preenchimento de um deles para permitir a aplicação das normas brasileiras de defesa da concorrência, regramento mantido pelo atual art. 2º da Lei n. 12.529/2011.

Além disso, o critério dos efeitos não exige a efetiva produção do resultado no Brasil para a observância das disposições em tela, sendo suficiente à aplicação da Lei Antitruste a potencialidade lesiva da conduta para o âmbito interno, prezando-se, à luz do princípio da precaução, pela atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a tempo de evitar danos ao mercado relevante.

Oportuno mencionar que, para atender aos objetivos descritos na Lei n. 8.884/1994, foram conferidas duas atribuições primordiais ao **CADE** em matéria de proteção da concorrência, mais precisamente o controle de condutas e o controle de estruturas. Enquanto, no primeiro caso, a atuação da autarquia possui caráter repressivo com o intuito de impor sanções aos agentes violadores das normas antitruste, na segunda hipótese a função é eminentemente preventiva e se volta a evitar restrições concorrenciais em razão de virtuais resultados nocivos da concentração econômica nas mais diversas espécies de operações de mercado.

No que toca à disciplina jurídica do controle de estruturas, a Lei n. 8.884/1994 assim dispunha quando da ocorrência do ato de concentração objeto da controvérsia em julgamento:

Superior Tribunal de Justiça

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

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

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

§ 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.

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

Por esse regramento, eventual ato de concentração

econômica cuja celebração possa limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou mesmo resultar na dominação de mercados relevantes, está obrigatoriamente sujeito à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo sua autorização condicionada ao preenchimento das exigências previstas no § 1º do art. 54 da Lei n. 8.884/1994.

Da mesma maneira, foi estabelecido rol exemplificativo de atos sujeitos ao crivo da autarquia antitruste, exigindo-se o controle de acordos que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer poder de influência sobre outros agentes econômicos ou qualquer forma de agrupamento societário.

No mesmo sentido, previu-se, independentemente da finalidade de concentração econômica, a necessária apreciação de atos restritivos praticados por empresas ou grupos empresariais cuja atuação represente mais de 20% de um mercado relevante ou quando qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Em qualquer dos casos, admitia-se a apresentação do ato de concentração para exame de maneira prévia ou em até 15 (quinze) dias úteis de sua realização, sob pena de aplicação de multa de até seis milhões de unidades fiscais de referência (Ufir).

IV. Aspectos relevantes acerca da extraterritorialidade das leis de defesa da concorrência

Em um cenário de economia global – e, portanto, de potenciais impactos concorrenciais para além das rígidas fronteiras interestatais –, é comum a adoção de critérios de aplicação extraterritorial das leis antitruste, porquanto a atuação dos agentes econômicos não se limita à verificação das conjunturas locais de negociação em virtude de peculiaridades de cada mercado relevante.

Nesse contexto, as ordens jurídicas costumam adotar a teoria dos efeitos (*effects doctrine*) para permitir a incidência da legislação nacional a atos restritivos da concorrência que, embora praticados fora de seus limites territoriais, impactem sobremaneira o mercado relevante local.

Essa orientação teve origem no caso *United States v. Alcoa*

Superior Tribunal de Justiça

analisado pela *U.S Court of Appeals for the Second Circuit* em 1945, ocasião na qual se assentou a compreensão de que qualquer Estado pode impor responsabilidades pela prática de condutas anticoncorrenciais cometidas no exterior quando os resultados desses atos puderem repercutir em território nacional, exegese posteriormente abraçada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, julgado em 1962.

A amplitude dessa doutrina foi alvo de críticas que levaram à edição do *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* acerca da aplicação extraterritorial da lei concorrencial estadunidense (*Sherman Act*), de modo a restringir seu alcance apenas a atos que, de maneira razoavelmente previsível, possam causar consequências diretas e substanciais ao mercado norte-americano. Com base nesse cenário, a Suprema Corte daquele país vedou a aplicação da legislação antitruste a casos nos quais os danos havidos nos Estados Unidos da América estavam entrelaçados a prejuízos independentes causados no exterior, vale dizer, quando a conduta anticompetitiva acarreta ofensas autônomas ao mercado alienígena e, por reflexo, também ao âmbito local (cf. caso *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran*, julgado em 2004).

No Brasil, a par do critério territorial, tanto a Lei n. 8.884/1994 como a Lei n. 12.529/2011 foram expressas ao adotar a teoria dos efeitos, como leciona Paula Forgioni:

O princípio dos efeitos (effects doctrine) determina a incidência da lei antitruste do Estado em que se verificarem as consequências da prática restritiva. O que importa, neste caso, não é a nacionalidade ou domicílio dos partícipes, mas o mercado relevante no qual serão produzidos os efeitos. Esse é o mais comum dos elementos de conexão, sendo adotado pelo Tratado da União Europeia e pelos sistemas norte-americano e brasileiro.

É bastante claro o texto do art. 2º da Lei n. 12.529/2011, in finis, ao colocar sob o abrigo da lei brasileira as práticas que 'produzam ou possam produzir efeitos' no território nacional. Desta forma, além do critério da territorialidade, nossa lei adota, expressamente, o critério dos efeitos. Ademais, a jurisdição brasileira será competente para apreciar a prática restritiva ainda que seus efeitos não se tenham concretizado em território nacional, mas exista a possibilidade de qual fato venha a ocorrer. Ou seja, a competência brasileira estender-se-á ainda que os efeitos considerados sejam

potenciais.

[...]

Como é logo de perceber, o critério dos efeitos acaba por estender a jurisdição de um país sobre atos que não se verificaram em seu território e sobre pessoas ali não residentes ou sediadas. Determina-se, assim, a produção de efeitos da lei fora do território do Estado que a emanou. Daí a expressão 'efeitos extraterritoriais das leis antitruste' (Os Fundamentos do Antitruste. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 455-447).

Conquanto a legislação de defesa da concorrência autorize sua aplicação a condutas praticadas no exterior e cujas repercussões possam impactar o mercado nacional, a potencialidade danosa do ato restritivo não pode ser meramente especulativa, imaginária e fora de padrões minimamente seguros para determinar sua abrangência.

Isso porque a preocupação com as consequências da aplicação de normas antitruste para além dos limites territoriais dos Estados tem relação, de um lado, com os obstáculos enfrentados por agentes econômicos com atuação multinacional frente a um amplo espectro de leis acerca da matéria – possibilitando, portanto, a instauração de processos judiciais e administrativos com desfechos distintos – e, de outro, com o conflito entre as diversas jurisdições estatais sobre idênticos atos concorrenciais, notadamente quando autoridades antitruste divergem a respeito do cariz dos efeitos de acordos de concentração econômica.

Atento a essas questões, o legislador estatuiu regramento próprio tendente a limitar o alcance da teoria dos efeitos. Nessa linha, os arts. 2º da Lei n. 8.884/1994 e da Lei n. 12.529/2011 contemplam a hipótese de previsão de disciplina diversa em convenções ou tratados internacionais firmados pelo Brasil, os quais podem alterar o âmbito eficaz das regras nacionais de proteção da concorrência.

Além disso, os mesmos dispositivos prescrevem a aplicação da lei de defesa da concorrência a práticas que *produzam ou possam produzir efeitos* no território nacional, exigindo, por conseguinte, efetiva e concreta capacidade lesiva dos atos restritivos, não se contentando com consequências remotas e hipotéticas cujo potencial de concretização é dissociado de qualquer elemento empírico.

Por oportuno, registro as seguintes lições de Valéria Guimarães de Lima e Silva:

Note-se que o direito brasileiro não exige que o efeito tenha se concretizado para que a jurisdição nacional possa ser justificada. O art. 2º da Lei 8.884/94 estabelece que estão sujeitas à jurisdição brasileira as práticas que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional. Assim, quando as práticas contenham elementos alienígenas, admite-se que a jurisdição sob a égide da legislação concorrencial seja embasada em efeitos ainda não concretizados, mas em vias de, a partir do momento em que, pela análise da operação, seja previsível que a concentração provocará efeitos imediatos e substanciais. Em outras palavras, a possibilidade de ocorrência dos efeitos deve ser real e efetiva.

A previsibilidade deve, naturalmente, ser embasada em critérios objetivos, que permitam aferir quais os efeitos que potencialmente decorreriam da operação de concentração analisada. Daí a importância da aferição dos efeitos imediatos e substanciais que resultariam da fusão. A possibilidade de determinação dos efeitos com fundamento em aspectos objetivos, tal qual realizada pelos Estados Unidos, deve ser de todo descartada. A subjetividade é a maior inimiga da segurança jurídica e da coerência almejadas pela elaboração de princípios e dispositivos legais, e na esfera da jurisdição extraterritorial aplicada ao direito da concorrência torna-se uma fonte inesgotável de discórdia e de conflitos entre os Estados e causa sérios entraves ao desenvolvimento do comércio internacional (Direito Antitruste: Aspectos Internacionais. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 334 e 335 – destaques meus).

V. Noções sobre o conceito de mercado relevante

A verificação empírica da produção de consequências locais de acordos restritivos da concorrência praticados no exterior exige avaliação do grau de impacto de tais atos para as práticas comerciais havidas no Brasil, impondo-se, por esse motivo, breve incursão sobre a noção de *mercado relevante*, conceito voltado a delimitar os âmbitos material, espacial e temporal da aplicação do direito antitruste.

A par das controvérsias doutrinárias a respeito do tema, o mercado relevante é comumente definido como o espaço geográfico onde produtos podem ser produzidos, vendidos e razoavelmente substituídos uns pelos outros, e no qual a atuação dos agentes econômicos possui aptidão para influir na conduta praticada pelos demais *players* do mercado.

Consoante assevera Tércio Sampaio Ferraz Jr., apesar do

Superior Tribunal de Justiça

silêncio legislativo acerca da definição de mercado relevante nas Leis ns. 8.884/1994 e 12.529/2011, sua noção é basilar para a aplicação das leis em tela. Segundo o autor:

Nenhuma das leis fornecia e fornece uma definição de mercado relevante. A expressão é uma tradução do inglês relevant markt, originada e desenvolvida no direito norte-americano. A palavra relevante conota, propriamente, a ideia de pertinência, com referência a produtos e serviços produzidos, comercializados e consumidos em determinado mercado.

Nesse sentido, na discussão referente a mercado relevante, a doutrina sempre esteve preocupada com uma delimitação dos mercados, em vista da ocorrência de fatores correlacionados de ordem real (coisas), espacial (espaço) e temporal (tempo), fatores estes capazes de situar agentes econômicos (uma empresa, um grupo de empresas, fornecedores e consumidores), em sua posição de exercício de poder econômico, em condições de afetar subjetivamente a competitividade.

Da perspectiva da posição de poder econômico, delimitada em um espaço (mercado relevante geográfico), pelo produto (mercado relevante pelo produto), levando em conta um período de tempo determinado, é que se permitiria, pois, criar condições para mensurar não só a participação dos agentes econômicos no mercado em geral, mas igualmente qualificar sua força relativa (poder de mercado), ou seja, sua possibilidade de acesso aos mercados fornecedores e de escoamento, suas ligações e a qualidade das ligações com outras empresas, bem como as barreiras de fato e de direito que existem ou possam existir à penetração de outras empresas num mercado dado.

Em outras palavras, a noção de mercado relevante estaria em direta dependência da atividade das partes que atuam no mercado. [...]

Nesses termos, a análise do mercado relevante não se limita à observação da competitividade entre as empresas concorrentes, mas do seu reflexo para a estrutura das relações econômicas em geral em termos de eventuais alterações futuras. (Mercado relevante. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhôa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 – destaques meus).

Dessa maneira, ao mencionar a produção de efeitos no Brasil

como critério para aplicação das regras de defesa da concorrência, o art. 2º da Lei n. 8.884/1994 pressupõe o virtual impacto de atos restritivos praticados no exterior para mercados relevantes situados, integral ou parcialmente, nos limites territoriais brasileiros.

Por outro lado, a amplitude do conceito em referência exige das autoridades encarregadas da aplicação das leis antitruste *averiguação casuística acerca do mercado relevante afetado por cada prática submetida a controle, porquanto inviável delimitação prévia do alcance da esfera de influência das variadas formas de atuação empresarial*. Desse modo, apesar de se tratar de noção cuja delimitação *a priori* encontra óbice nas dinâmicas relações de mercado, não há como prescindir de sua avaliação para aferir o comportamento dos *players* em seus respectivos âmbitos de atuação.

Como adverte Paula Forgioni:

Sem prejuízo das críticas, cada vez mais frequentes, quanto à utilidade da delimitação do mercado relevante, tem-se que sua identificação é instrumental para que se possa aplicar a lei. Se o conceito de mercado relevante tem a ver com a identificação das relações de concorrência e sua delimitação, mostra-se adequado para valorar corretamente o comportamento do agente e suas consequências sobre o mercado (ou seja, o prejuízo à livre-concorrência e à livre-iniciativa, mencionadas no art. 170 da CF) (op. cit. p. 237 – destaques meus).

VI. Considerações acerca da presunção de efeitos restritivos contida no art. 54, caput e § 3º, da Lei n. 8.884/1994

No sistema da Lei n. 8.884/1994, estavam sujeitos à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência os atos que, sob qualquer forma, pudessem limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

O aspecto abrangente emprestado pela legislação à noção de concentração econômica afasta a exigência de qualificação formal para os *atos restritivos*, alcançando, por conseguinte, qualquer forma jurídica mediante as quais agentes econômicos possam produzir efeitos nocivos à concorrência, aí incluídos os denominados *atos de cooperação* cuja celebração, conquanto não implique operações societárias que alteram a estrutura das empresas envolvidas, possibilita a união de esforços com o objetivo de obter benefícios mútuos.

Superior Tribunal de Justiça

A respeito do tema, doutrina Fábio Ulhôa Coelho:

A lei não poderia ter enumerado os atos restritivos, já que por inúmeras formas podem os agentes econômicos praticar negócios que projetam efeitos lesivos às estruturas do livre mercado. Acordos de troca de informações econômicas, constituição de rede de distribuidores, contratos de publicidade ou qualquer outro gênero de avença empresarial podem instrumentalizar práticas restritivas de mercado. Adotou o legislador, então, um critério altamente genérico, que possibilita a mais ampla atuação das autoridades antitruste (Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 126 – destaques meus).

Atualmente, o art. 90, IV, da Lei n. 12.529/2011 prevê expressamente a sujeição de atos de cooperação a controle das autoridades antitruste, tais como os contratos associativos, os consórcios ou *joint ventures*. Embora a expressa previsão de submissão dos atos de cooperação a controle seja fruto da novel legislação, a abrangência da redação do art. 54, *caput*, da Lei n. 8.884/1994 abarcava todas as espécies de atos com potencial para restringir a concorrência, inclusive os meramente cooperativos, conforme entendimento de Calixto Salomão Filho:

O legislador brasileiro, ao elaborar o art. 54 da lei concorrencial, criou uma situação interessante. O § 1º do referido dispositivo é reprodução quase fiel do art. 81, inciso III, do Tratado de Roma.

[...]

Ocorre que, no sistema da lei brasileira o referido dispositivo foi concebido basicamente para o controle das concentrações. Em primeiro lugar, apenas para as concentrações existem critérios objetivos e definidos para a identificação dos casos que devem ser submetidos a controle (art. 54, § 3º). Além disso, muitas das formas de cooperação econômica já vêm previstas e sancionadas per se no art. 21 da lei. É o caso, por exemplo, dos incisos I, II, III e X, para as formas de cooperação horizontal, e XI para os acordos verticais.

Por outro lado, o caput do art. 54, ao se referir "a atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência", aplica-se, à evidência, também aos cartéis e a formas de cooperação econômica em geral que, pelo simples fato de consistirem em cooperação entre concorrentes, importam sempre certo grau (não necessariamente ilícito) de limitação à concorrência

Superior Tribunal de Justiça

(*Direito Concorrencial: as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 346-347 – destaque meu).

Desse modo, a regra do art. 54, *caput*, da Lei n. 8.884/1994 constitui cláusula geral cuja aplicação propicia às autoridades antitruste a averiguação de qualquer espécie de *ato cooperativo* entre agentes econômicos capaz de limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou, ainda, de que resulte dominação de mercados relevantes, e cuja subsunção ao parâmetro normativo exige análise casuística.

A par dessa orientação, o § 3º do art. 54 da Lei n. 8.884/1994 prescreve a necessária submissão de certos atos ou acordos econômicos ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, presumindo a potencialidade lesiva para o âmbito concorrencial. Nesse sentido, a lei estabelece como de apresentação obrigatória os atos nos quais haja a participação de empresa ou grupo de empresas detentores de mais de 20% do mercado relevante, ou quando qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), montante a ser aferido no Brasil.

Nesses casos, a lei instituiu uma *presunção de produção de resultados restritivos da concorrência* tanto em razão da presença dos *players* envolvidos em parte significativa do mercado relevante como em virtude do volume de recursos obtidos por tais agentes econômicos, elementos reveladores de virtual nocividade à ordem econômica local (cf. BRITO, Beatriz Gontijo de. *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 202, pp. 130-131; MALARD, Neide Teresinha. *Concentração de Empresas: Livre Concorrência e Limites à Liberdade de Iniciativa* (Dissertação/Mestrado em Direito). Brasília: Unb/Faculdade de Direito, 1997, p. 275).

Invocando, uma vez mais, Valéria Guimarães de Lima e Silva:

Dentre os atos abordados pelo art. 54, caput, encontram-se os atos de concentração econômica tais como tratados pelo art. 54, § 3º, ou seja, que impliquem a participação de empresas ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões. Estando presente uma dessas condições, o ato de concentração deverá ser necessariamente submetido à apreciação do CADE. Essa presunção iuris tantum parte do pressuposto de que os atos de concentração

assim dimensionados têm maior probabilidade de vir a causar no território nacional os efeitos previstos no art. 54, caput, devendo obrigatoriamente ser submetidos à jurisdição brasileira, para que seja avaliado pela autoridade competente no caso concreto em que medida tais efeitos poderão efetivamente vir a ocorrer com a realização da concentração (op. cit. p. 366 – destaque meu).

Nesse contexto, embora a aplicação da lei brasileira esteja condicionada à possibilidade de acordos restritivos produzirem efeitos no País e cuja aptidão lesiva deve ser aferida de forma contingente (art. 2º da Lei Antitruste), nos casos do art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994 presume-se a potencialidade danosa do ato de concentração econômica, demandando, em consequência, sua obrigatória subordinação às autoridades nacionais.

Ressalte-se, no entanto, o *aspecto preventivo do controle de estruturas*, o qual *não se funda na certeza da ilicitude de operações dessa natureza*, mas, sim, na suposição de que o agrupamento econômico, tanto mediante a modificação estrutural dos atores envolvidos, como em decorrência de atos cooperativos por eles firmados, *pode incentivar a adoção de condutas anticoncorrenciais*. Vale dizer, conquanto a presunção arrolada no art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994 obrigue a submissão desses acordos restritivos a controle, a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possui caráter instrumental de proteção à ordem econômica, não havendo impedimento à aprovação dos atos de concentração pelas autoridades antitruste quando constatadas implicações concorrenciais benéficas, como estatui o art. 54, § 1º do mesmo diploma normativo.

Passo, então, à análise da jurisprudência correlata.

VII. Panorama jurisprudencial

Acerca do tema, esta Primeira Turma adotou entendimento segundo o qual a notificação de ato de concentração econômica às autoridades antitruste após o prazo de 15 dias de sua celebração constitui infração administrativa de natureza formal que se consuma com o decurso do mencionado lapso temporal, prescindindo, por isso, de efeito concorrencial danoso, como preveem os §§ 4º e 5º, da Lei n. 8.884/1994 (REsp n. 984.249/DF, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 03.03.2009, DJe de 29.06.2009).

Superior Tribunal de Justiça

A seu turno, ao analisar controvérsia acerca da aplicação da penalidade cominada no art. 54, § 5º, da Lei n. 8.884/1994, o mesmo colegiado enfatizou a possibilidade de aplicação das normas brasileiras a condutas praticadas em território estrangeiro, desde que os potenciais efeitos do ato possam repercutir no Brasil, conforme seguintes trechos do voto condutor por mim proferido:

A dinamicidade e ubiquidade dos negócios atuais faz com que os efeitos de qualquer operação que envolva mercado relevante possam ser sentidos, no âmbito concorrencial, independentemente dos limites de tempo e espaço.

[...]

Todas as práticas cometidas, no todo ou em parte, no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos, bem como 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.

Dessa feita, resta claro que a produção de efeitos não é pressuposto para a submissão do ato de concentração; diversamente, preza-se pela atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a tempo de evitar que eventual operação traga mais danos do que benefícios ao mercado relevante, em nome do princípio da precaução.

(REsp n. 1.353.267/DF, relatora p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, j. 23.02.2021, DJe 25.03.2021 – destaques meus).

Na mesma direção, a Segunda Turma desta Corte apreciou a validade da multa do art. 54, § 5º, da Lei n. 8.884/1994 aplicada à *General Eletric Company* em razão da submissão intempestiva de ato de concentração econômica que versava sobre a aquisição da Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte pertencente à *Alstom France S.A.* (REsp. n. 615.628/DF, relator Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 08.06.2010, DJe 04.05.2011).

No precedente, analisou-se decisão prolatada pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, dentre outros fundamentos, assentara a desnecessidade de apresentação do respectivo contrato às autoridades antitruste brasileiras ao fundamento segundo o qual o negócio jurídico fora firmado em solo estrangeiro e não existia repercussão, ainda que parcial, sobre o mercado local.

Superior Tribunal de Justiça

Ao examinar a aplicação extraterritorial da Lei n. 8.884/1994 ao caso, o Sr. Ministro Herman Benjamim explicitou:

No que tange à aplicabilidade do caput do art. 2º da Lei 8.884/1994, abordada pelo recorrente à fl. 464, o Tribunal de origem desconsiderou o acórdão do Cade proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99, que consignou: a) "as duas empresas (General Eletric Company e Alstom France S/A) atuam no mercado de turbinas a gás de grande porte através de exportações"; e b) "participam com vendas no mercado brasileiro entre 8% e 9% cada uma" (fl. 219, e-STJ). De acordo com Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/EASP, o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi.

A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado, em 2003, era de 40% para a GE e 15% para a Alstom. Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que possui repercussão no Brasil.

Mais do que agente de repressão, o Cade é órgão de prevenção de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor (e mais eficiente) do que remediar.

Na hipótese dos autos, a recorrida, General Eletric, adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte – Heavy Duty da empresa Alstom France/SA em 23.3.1999, e somente comunicou o ato de concentração à autarquia em 25.6.1999, razão pela qual agiu corretamente o Cade ao aplicar a multa prevista no art. 54 da Lei Antitruste (destaques meus).

Na mesma linha, em voto convergente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques assentou a incidência da lei brasileira em razão da abrangência mundial do mercado relevante, bem como a necessidade de emprestar deferência às análises da autarquia de defesa da concorrência acerca da virtualidade danosa dos atos de concentração econômica, *in verbis*:

Também é igualmente inverídico que o pré-contrato estabelecido entre as partes, por ter sido firmado no estrangeiro, seria incapaz de gerar efeitos no Brasil.

Em análise técnica do tema, o Sr. Conselheiro Ruy Santacruz

Superior Tribunal de Justiça

concluiu, com apoio dos demais, que "mesmo não possuindo nenhuma subsidiária sediada em território nacional, participavam ativamente do mercado brasileiro, possuindo participação significativa, entre 8% e 9% cada uma, o que torna a operação enquadrável no art. 2º da Lei Antitruste" (trecho recortado do memorial da própria parte recorrida, que, inclusive, reconhece, implicitamente, ser verídica tal informação).

É neste ponto que entra de forma mais pragmática aquela consideração inicial que fiz acerca da necessidade de uma certa deferência em uma matéria tão sensível.

Causa-me certa perplexidade que a instância ordinária afaste considerações de ordem eminente e altamente técnicas pura e simplesmente com o argumento de que "pelo tipo de produto objeto da compra e venda não ter mercado de forma contínua, só funcionando através de encomendas esporádicas" estariam descaracterizados os efeitos no território nacional.

Observo que não se trata, no ponto, de controle de legalidade da decisão do Cade, mas de verdadeira digressão sobre aspectos de mercado, sobre os quais, salvo melhor juízo, os Conselheiros do Cade estão em posição privilegiada de análise e interpretação em relação aos membros do Poder Judiciário (e, aqui, estou fazendo questão de me incluir).

Ressalto que, como fiz antes, é amplamente possível ao Poder Judiciário falar sobre controvérsias legais da decisão do Cade - como, e.g., estamos fazendo agora, ao discutir a validade da compreensão segundo a qual o pré-contrato vincula as partes pactuantes.

No entanto, soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de dominação de mercado – como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante –, venha o Judiciário asseverar, de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações técnicas constantes dos presentes autos, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia.

Repito: "deferência" não significa insindicabilidade, mas apenas respeito às análises de cunho técnico realizadas por órgãos que tem a função macro de cuidar de certos bens jurídicos que não se compadecem com a lógica ordinária de atuação do Judiciário.

(...)

O mercado relevante geográfico na hipótese é, pois, mundial, sendo incabível falar, de tabela, em inexistência de riscos para o mercado brasileiro – que, por óbvio, está contido no mercado relevante.

Plenamente aplicável, assim, o art. 2º da Lei n. 8.884/94, em

Superior Tribunal de Justiça

razão da previsão de sua parte final.

[...]

A empresa recorrida bate muito, na inicial e nos memoriais ofertados, que a transferência de ativos em território alienígena, bem como a inexistência de filiais no Brasil, afastariam possíveis efeitos no mercado nacional.

Para colocar uma pá-de-cal nesta discussão, lembro que os fatos elencados pela recorrida seriam determinantes como no grau que ela os julga se, e somente se, fosse possível compreender que o art. 54, caput, da Lei n. 8.884/94 engloba apenas os atos previstos no § 3º do mesmo dispositivo. Passo a transcrever a norma para melhor enfrentamento:

(...)

Ocorre que, na mesma regra, é claro o uso da expressão "incluem-se", o que deixa antever, sem maiores sombras de dúvida, que os atos previstos no caput do art. 54 da Lei Antitruste englobam, contêm, os atos previstos no § 3º – nele, pois, não se esgotam.

E, para os fins do caput do art. 54, pouco importa se as empresas envolvidas têm ou não filial no Brasil, se o contrato preliminar foi ou não avençado no Brasil. Basta, que, em tese, o concerto de concentração possa, sob qualquer perspectiva, impactar o mercado nacional. Frise-se: basta que, em tese, o ato de concentração ou o ato de cooperação possam causar prejuízos à higidez concorrencial.

Digo e enfatizo o caráter abstrato desta avaliação porque só o Cade pode dizer concretamente se o ato deve ou não ser submetido ao seu controle. Os interessados devem sempre e sempre observar os prazos pontuados na lei e nas resoluções respectivas, sem que, eles próprios, façam este juízo de adequação entre a lei e os atos por elas concertados, sob pena de incidir a multa do art. 54, § 5º, da Lei n. 8.884/94 (destaques meus).

Outrossim, ressalte-se a orientação jurisprudencial abraçada pelo Supremo Tribunal Federal segundo a qual, não obstante possível o controle jurisdicional dos atos administrativos praticados por autarquias especializadas – a exemplo do **CADE** –, cabe ao Poder Judiciário, diante de temas complexos e controvertidos do ponto de vista técnico e científico, emprestar deferência às decisões administrativas desses agentes em razão da expertise técnica e da capacidade institucional a eles atribuídas para a análise de matérias dessa envergadura, e cuja invalidação exige elevado ônus probatório e argumentativo (cf. Tribunal Pleno: ADI n. 6.148/DF, Rel. p/ Acórdão Min. ANDRÉ MENDONÇA, j. 05/05/2022, DJe, 14.09.2022; ADPF n. 825/DF, Rel. p/ Acórdão Min. NUNES MARQUES, j. 03.08.2021, DJe

26.11.2021; SL n. 1.425-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 24/05/2021, DJe 02.06.2021; ADI n. 4.874/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 01.02.2018, DJe 01.02.2019).

Indicada a jurisprudência pertinente, prossigo com a análise do caso concreto.

VIII. Exame do caso

In casu, a discussão gravita em torno da exigência de apresentação do Contrato de Colaboração *Multi-Event* de Milho e de Licenciamento Cruzado (*Multi-Event Corn Collaboration and Cross-Licence Agreement*), celebrado pelas Recorridas nos Estados Unidos da América, ao controle do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC na sistemática da Lei n. 8.884/1994, cuja obrigatoriedade fundamentou a imposição da multa prevista no 54, § 5º, da Lei n. 8.884/1994.

Ao analisar o Ato de Concentração n. 08012.012392/2007-15, o **CADE** concluiu acerca da imprescindibilidade de prévia análise do mencionado contrato, porquanto ambas as partes da avença obtiveram faturamento bruto superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil e em virtude da natureza mundial do mercado relevante de desenvolvimento e criação de sementes de milho geneticamente modificadas, nos seguintes termos (fls. 307/308e):

4. Com relação à obrigatoriedade de submissão desta operação ao SBDC, as requerentes alegaram que a assinatura de um contrato de colaboração tecnológica nos EUA em nada afetaria o território nacional, “porque não tem o condão de alterar o comportamento concorrencial das Requerentes, que continuarão com incentivos para concorrerem de forma independente no mercado brasileiro, pois não desenvolvem, nem desenvolverão atividades relacionadas à SmartSax e (...) pelo fato dessa (sic) tecnologia, se e quando obtida, somente pode ser trazida para emprego no Brasil após a provação pela CNTBio”. Por tais razões, as requerentes afirmaram que a submissão da operação foi realizada em caráter prévio:

[...]

5. A questão da obrigatoriedade da submissão do ato notificado depende da definição da dimensão geográfica do mercado relevante. Em voto vista no Ato de Concentração n.º 08012.010340/2006-15, em que foram requerentes Delta and Line Land Company e Syngenta Seeds Ltda., o i. Conselheiro Paulo Furquim assim se manifestou a respeito da delimitação

geográfica do mercado relevante de desenvolvimento de sementes de algodão (no que foi seguido pela maioria):

“Entretanto, a operação, em âmbito mundial, afetou não somente o mercado relevante de venda de sementes de algodão no Brasil, mas também, e especialmente, o mercado de desenvolvimento de variedades de algodão, atividade localizada a montante da cadeia produtiva de algodão. É incontroverso que este mercado foi afetado pela transação mundial, realizada em 15 de maio de 2006. Resta investigar se o mercado relevante de variedades de algodão é mundial ou deve ser circunscrito às fronteiras domésticas. Se configurada a primeira hipótese, a operação mundial é de notificação obrigatória, uma vez que possuiria o condão de provar efeitos no Brasil, indicando, portanto, a sua intempestividade.

Nesse sentido, em resposta ao ofício n. 847/2007/CADE, fls. 375/376, a Fundação Mato Grosso observou que o mercado de sementes nacional é altamente afetado pelas empresas multinacionais, face ao mercado que ocupam no Brasil (82% em 2005/06).

(...)

A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária ('Embrapa'), em resposta ao ofício n. 842/2007/CADE, fl. 391, observou que:

'as empresas privadas produtoras de semente, assim como as empresas públicas, como a Embrapa, trazem do exterior o material genético básico (germoplasma) utilizado nos programas de melhoramento. Esse material é cruzado no Brasil e novas cultivares são selecionadas, protegidas e registradas no MAPA, e comercializadas pelos produtores de sementes'.

Além disso, ressaltou que:

'As cultivares geneticamente modificadas de soja e de algodão atualmente comercializadas no Brasil (de soja e de algodão), após a aprovação da CNTBio, tiveram origem no cruzamento inicial com material genético desenvolvido no exterior. O evento transgênico único foi desenvolvido pelas companhias privadas no exterior com o uso da engenharia genética e depois é cruzado com material genético adaptado aos diferentes países que plantam a cultura em questão – usando o melhoramento convencional'.

Portanto, as informações acima relatadas sustentam, de forma clara, que o mercado relevante referente ao desenvolvimento de variedades de sementes de algodão é mundial. Logo, a presente operação afetou esse mercado, do qual o Brasil faz parte. Frise-se que os efeitos potenciais de ato de concentração dessa espécie,

Superior Tribunal de Justiça

realizado no exterior, são expressivos no Brasil, dado o porte das requerentes no mercado verticalmente relacionado de produção de sementes”.

6. No caso concreto, o mercado relevante pode ser definido como o mercado de “desenvolvimento e criação de sementes de milho geneticamente modificadas”, o qual, por um argumento análogo ao utilizado pelo Conselheiro Paulo Furquim, entendo seja também de dimensão mundial.

7. Nesse sentido, o ato notificado é de submissão obrigatória nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884/94, pois pode produzir efeitos no território nacional (cf. art. 2º da mesma lei) e as suas participantes registraram individualmente faturamento bruto no Brasil superior a R\$ 400 milhões em 2006 (destaques meus).

Essas conclusões foram complementadas na análise de pedido de reapreciação, consoante voto proferido pelo Sr. Conselheiro Relator (fls. 356/362e):

“[...] a decisão exarada no ato de concentração n.º 08012.012392/2007-15 deve permanecer inalterada por razões afetas ao mérito da questão. No referido ato de concentração entendeu-se que a operação não afetava o mercado de sementes de milho propriamente dito, mas sim o mercado de desenvolvimento de novas variedades de sementes de milho geneticamente modificados, tendo em vista o objeto do contrato.

[...]

15. Este “mercado de desenvolvimento e criação de sementes de milho geneticamente modificadas” envolve principalmente ativos intangíveis, como conhecimento e direitos de propriedade intelectual, e tangíveis, como laboratórios. Não é sem razão que tanto a Dow Agrosiences, subsidiária da The Dow Chemical Company, empresa esta que obteve faturamento da ordem de US\$ 49 bilhões no ano de 2006, e a Monsanto, empresa que obteve faturamento da ordem de US\$ 7 bilhões no ano de 2006, decidiram combinar tais ativos para criar conjuntamente tecnologias genéticas aplicáveis às sementes de milho, agregando qualidades distintas disponíveis em cada uma das tecnologias genéticas de que já dispunham, compartilhando ativos relevantes à concorrência.

[...]

19. Ademais, os efeitos econômicos, do ponto de vista comercial, já se fazem sentir no momento em que as partes assumem as obrigações de realização da concentração econômica, mesmo que sua concretização no mercado se dê em momento posterior. No caso em pauta, um acordo para

Superior Tribunal de Justiça

utilização conjunta de ativos para geração de material genético, entre duas das únicas empresas do mundo que dominam essa atividade, tem efeitos imediatos sobre as estratégias de concorrentes efetivos e potenciais na área de biotecnologia e desenvolvimento de novas cultivares, assim como sobre as estratégias dos consumidores potenciais dessas novas tecnologias. A realização do ato jurídico, o contrato notificado intempestivamente, pode afetar de imediato as decisões estratégicas dessas várias empresas, diversas delas com atuação no Brasil.

20. De fato, o Brasil conta com empresas desenvolvedoras de genética vegetal, tais como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e a Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola (Coodetec), cujas estratégias são potencialmente afetadas no comprometimento entre Dow Agrosciences e Monsanto para emprego compartilhado de seus novos ativos voltados à geração de genética vegetal.

[...]

22. Há ofertantes e demandantes de material genético, sendo as requerentes líderes mundiais na oferta de material genético, sendo este remunerado pelo pagamento de royalties ou por uso próprio. O contrato notificado transaciona direitos relevantes sobre os ativos necessários à produção de genética, ativos esses de relevância ímpar para a concorrência na oferta de material genético às empresas produtoras de sementes. Houve, obviamente, transação entre as partes, e esta afeta, como afirmado pelas requerentes à fl. 47, o desenvolvimento de material genético, mercado relevante da operação.

23. A interação entre ofertantes e demandantes de material genético é mundial e extremamente relevante ao agronegócio brasileiro, como atesta a seguinte passagem de autoria da Embrapa, citadas pelos advogados d Monsanto e Dow Agrosciences em sua petição final:

[...]

28. É absolutamente incontestado que atos de concentração que produzam efeito no Brasil e que ao menos um de seus participantes tenha faturamento superior a R\$ 400 milhões no Brasil são de notificação obrigatória ao SBDC.

29. Também não há dúvidas de que uma operação que afete um determinado mercado relevante produz efeitos sobre toda a extensão geográfica abrangida por este mercado. O mercado é um todo, um sistema integrado de ofertantes e demandantes, cujas estratégias se relacionam e mutuamente se influenciam.

[...]

32. Logo, o ato de concentração celebrado por essas empresas, ainda que não resulte de imediato na oferta de um

Superior Tribunal de Justiça

produto e mesmo considerando que a operação tenha se efetuado no exterior, afeta diretamente os seus competidores globais, em razão da dimensão geográfica mundial desse mercado relevante, incluindo-se os localizados no Brasil, razão pela qual a operação deve ser conhecida, nos termos do art. 54, caput e § 3º, da Lei n.º 8.884/94 (destaques meus).

A leitura dos trechos transcritos permite concluir que o **CADE** considerou obrigatória a submissão da avença firmada entre as Recorridas ao controle de estruturas, aos seguintes fundamentos: *i)* o contrato afeta o mercado relevante de desenvolvimento e criação de sementes de milho geneticamente modificadas o qual possui extensão geográfica global e, por isso, os resultados do ato restritivo podem impactar o âmbito concorrencial brasileiro; *ii)* há empresas locais que desenvolvem genética vegetal, tais como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA e a Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola – COODETEC, cujas estratégias comerciais podem ser afetadas pela transação; *iii)* os efeitos restritivos podem ser percebidos pelos agentes econômicos desde o momento da celebração do acordo, ainda que a efetiva oferta ao mercado de sementes de milho objeto da avença ocorra em momento posterior; *iv)* ambas as empresas possuem faturamento bruto acima de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil, razão pela qual o ato cooperativo deve ser analisado pelas autoridades antitruste nacionais, nos termos dos arts. 2º e 54, *caput* e § 3º, da Lei n. 8.884/1994.

A seu turno, o tribunal de origem afastou as conclusões do **CADE** ao assentar que o contrato fora firmado nos Estados Unidos da América e os estudos para o desenvolvimento das novas tecnologias seriam envidados em solo norte-americano, sem a constatação de consequências imediatas para o Brasil. Ademais, ressaltou-se a ausência de concentração econômica antes mesmo do desenvolvimento das novas variedades de milho, pressuposto tido por essencial para caracterizar a potencialidade lesiva do negócio jurídico (fls. 666/678e).

No entanto, o acórdão recorrido, em meu sentir, desconsiderou aspectos essenciais acerca da aplicação das normas de defesa da concorrência a atos praticados no exterior, limitando a atuação das autoridades antitruste às condutas anticoncorrenciais cujos impactos a

mercados relevantes sejam atuais.

Com efeito, o mero fato de o ato restritivo ter sido firmado nos Estados Unidos da América, onde localizados os ativos a serem empregados na consecução dos objetivos do negócio, não constitui óbice à aplicação da legislação de defesa da concorrência, *porquanto a adoção da teoria dos efeitos pelo art. 2º Lei n. 8.884/1994 permite a aplicação extraterritorial da lei nacional quando as implicações concorrenciais possam impactar mercados relevantes situados, no todo ou em parte, no território brasileiro*, como no caso.

Da mesma maneira, diversamente do que restou assentado pelo tribunal *a quo*, o juízo quanto ao aspecto danoso do acordo apresentado a exame não se vincula ao mercado de compra e venda de sementes de milho disponíveis aos agricultores, mas, sim, ao impacto concorrencial para as empresas cujas atividades se voltam ao desenvolvimento das novas variedades de grãos geneticamente modificados, mercado este desconsiderado no acórdão recorrido (fl. 673e).

Nesse sentido, rememore-se que o contrato firmado pelas Recorridas “[...] versava sobre colaboração e licenciamento cruzado de tecnologias, com o objetivo de desenvolvimento de um novo produto mediante a combinação de *traits*, qual seja a geração de uma nova semente de milho denominada *SmartStax*” (fl. 15e), elemento essencial ao balizamento do mercado relevante.

Diante dessa peculiaridade, identificou-se a existência de um mercado global de desenvolvimento de novas tecnologias de sementes de milho por meio de engenharia genética o qual seria virtualmente impactado pelo acordo restritivo. De fato, o **CADE** assentou que “a operação afetava não o mercado de sementes de milho propriamente dito, mas sim o mercado de desenvolvimento de novas variedades de sementes de milho geneticamente modificadas” (fl. 356e), *sendo impertinente ao deslinde da controvérsia a conclusão do tribunal de origem acerca da ausência de mercado atual de compra e venda dos insumos cuja tecnologia ainda não fora desenvolvida, pois calcada em mero juízo hipotético e sem análise efetiva das condições econômicas do setor delimitado pela autarquia especializada*.

Oportuno mencionar que as conclusões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência acerca dos elementos material e espacial do mercado relevante foram pautadas em critérios técnicos e concorrenciais

cujo grau de complexidade exige elevada carga probatória e argumentativa para afastar a delimitação do domínio econômico potencialmente afetado pela prática concorrencial submetida a controle, notadamente em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da orientação jurisprudencial abraçada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de atribuir aos juízes e tribunais o dever de emprestar deferência às decisões tomadas por autarquias dotadas de elevada expertise técnica.

No entanto, a par da juntada do processo administrativo relativo ao Ato de Concentração n. 08012.012392/2007-15 aos autos, no qual o **CADE** delimitou o mercado relevante, não houve produção de quaisquer provas tendentes a afastar as conclusões da autarquia antitruste ante a alegação das partes de que a matéria era exclusivamente de direito, tampouco motivação substancial no acórdão recorrido para rechaçar o conteúdo da decisão administrativa, pois o voto condutor somente assentou que “mesmo na hipótese de se entender existir um mercado de tecnologia mundial, um mero acordo de cooperação para desenvolvimento da tecnologia não signifique [S/C] alteração no mercado de tecnologia, porque a tal inovação tecnológica que se busca não existe ainda, se é que vai existir” (fl. 673e).

Dessarte, *é irrelevante se a consecução dos objetivos do contrato impactará, no futuro, o mercado de grãos disponíveis aos consumidores, porquanto a discussão, em termos concorrenciais, foi centrada nas atuais consequências sobre o mercado relevante no qual atuam agentes econômicos especializados no desenvolvimento de sementes de milho geneticamente modificadas*, a exemplo da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA, entidade estatal cuja precípua finalidade, nos termos do art. 2º, I, da Lei n. 5.851/1972, consiste em “ [...] promover, estimular, coordenar e executar atividades de pesquisa, com o objetivo de produzir conhecimentos e tecnologia para o desenvolvimento agrícola do País”, a qual, por conseguinte, resta afetada por estratégias econômicas dos demais atores com atuação no setor.

Nessas circunstâncias, resta clara a aptidão lesiva para mercado relevante que abrange o território nacional, visto que agentes econômicos brasileiros atuam diretamente no desenvolvimento de sementes variadas mediante melhoramento genético com o intuito de incrementar a produção agrícola, atividade cuja notória participação no Produto Interno Bruto – PIB dimensiona a relevância do mercado de biotecnologia para o

cenário local.

Trata-se de possibilidade séria e fundada de produção de impactos sobre o respectivo setor econômico, uma vez que, tal como assentado na decisão administrativa, “[...] um acordo para utilização conjunta de ativos para geração de material genético, entre duas das únicas empresas do mundo que dominam essa atividade, tem efeitos imediatos sobre as estratégias de concorrentes efetivos e potenciais na área de biotecnologia e desenvolvimento de novas cultivares, assim como sobre as estratégias dos consumidores potenciais dessas novas tecnologias” (fl. 358e).

Além disso, restou incontroverso que ambas as empresas envolvidas na negociação possuíam, no Brasil, faturamento bruto superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) à época da celebração do contrato, atraindo, em consequência, a *presunção relativa de efeitos concorrenciais nocivos* contida no art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994, motivo pelo qual imprescindível a submissão do negócio jurídico ao controle das autoridades brasileiras.

Essa compreensão também restou externada no parecer do Ministério Público Federal, consoante se verifica dos seguintes trechos (fls. 878/879e):

No caso, a tese do recurso está em que a celebração de contratos entre empresas de faturamento superior ao mencionado se presume capaz de alterar o normal funcionamento de mercado e, portanto, deve ser submetida ao Cade. Duas situações distintas são assimiladas: a perturbação efetiva da concorrência e o estado no qual a influência negativa dela já foi inferida pelo legislador, em virtude do poder de fato dos partícipes do negócio jurídico. Dessa maneira se imputa automaticamente a consequência jurídica de certo fato, sem prova de sua efetiva – mas provável – ocorrência. Com igual efeitos, pode-se pensar ainda que o art. 54 da Lei 8.884 estabeleceu ficção, remissão ou definição legais, como meios técnicos para validamente ordenar o mesmo tratamento da perturbação do mercado a atos que muito provavelmente geram tal resultado, em decorrência da magnitude econômica de seus partícipes.

[...]

Logo, sendo incontroverso que, ao menos uma das contratantes auferiu mais de R\$ 400 milhões no ano em causa, segue-se estar compelida a apresentar o ato questionado ao Cade. O caput e o §3º compõem hipótese de

Superior Tribunal de Justiça

incidência completa, formada pela definição legal e por presunção absoluta de sua ocorrência, de modo que privam de sentido, como norma especial, a invocação da norma geral. O caput e os §§ 3º, 4º e 5º delineiam, com inteira precisão, o dever jurídico discutido: contratantes que auferem mais de R\$400 milhões anuais têm 15 dias úteis para apresentar ao Cade os contratos que celebrem acerca de sua atividade econômica, sob pena de multa (destaque meu).

Outrossim, vale lembrar que a obrigatoriedade de controle preventivo do contrato em tela não implica a automática desaprovação do ato restritivo, uma vez que, apesar de o art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994 presumir a capacidade danosa do acordo para o mercado relevante, a análise de mérito leva em consideração diretriz distinta para avaliar o cariz dos efeitos concorrenciais, a exemplo do incremento de produtividade, da melhora da qualidade de bens ou serviços e dos ganhos de eficiência econômica e tecnológica para o respectivo setor (art. 54, § 1º, da Lei 8.884/1994), razão pela qual a apresentação compulsória do negócio jurídico ao **CADE** é calcada no princípio da precaução e diz com o caráter preventivo da atuação da autarquia, cujas conclusões substanciais podem caminhar no sentido da aprovação do ato por ausência de consequências nocivas, tal como ocorreu no caso em tela.

Nesse contexto, não há que considerar desprovida de utilidade a análise nacional da operação ocorrida em solo norte-americano, como afirma o acórdão recorrido, porquanto, ainda que os ativos voltados ao desenvolvimento da nova tecnologia estejam sediados no exterior, a existência de mercado relevante global afetado pelo objeto da avença é o bastante para exigir a obrigatoriedade do controle de estruturas relativo a pessoas jurídicas com faturamento bruto anual superior ao montante previsto no art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/1994, mormente em virtude da presença de *players* brasileiros no segmento econômico impactado pelo ato de concentração.

Dessarte, como o contrato entabulado entre as partes deveria ser obrigatoriamente apresentado ao crivo da autarquia especializada e sendo incontroversa a extrapolação do prazo de 15 dias estabelecido no art. 54, § 4º, da Lei n. 8.884/1994, correta a imposição da multa prevista no § 5º do mesmo dispositivo, pois decorrente de infração administrativa de natureza formal que independe da produção de efeitos concorrenciais lesivos, impondo-se, por conseguinte, o provimento do Recurso Especial.

Superior Tribunal de Justiça

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do CPC/2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

In casu, tratando-se de recurso sujeito ao Código de Processo Civil de 1973, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

Posto isto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** do Recurso Especial e, nessa extensão, **DOU-LHE PROVIMENTO** para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido.

Invertidos os ônus sucumbenciais.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2021/0379537-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.975.739 / DF**

Números Origem: 00113849620084013400 113849620084013400 200834000114333

EM MESA

JULGADO: 15/12/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE
RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA
RECORRIDO : DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA
ADVOGADO : LUDMYLLA SCALIA LIMA - DF037743A
INTERES. : MONSANTO COMPANY
ADVOGADO : MARIA EUGENIA DEL NERO POLETTI - SP165104A

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Intervenção no Domínio Econômico - Proteção à Livre Concorrência - Atos de Concentração

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. **FLAVIA MARIA PELLICIARI SALUM**, pela parte RECORRIDA: DOW AGROSCIENCES INDUSTRIAL LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues, Benedito Gonçalves (Presidente) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.