

Direito da Concorrência: Desafios do país em mais um ano de Covid

29/12/2021

O ano de 2021 foi profundamente desafiador para a defesa da concorrência no Brasil. Em um período ainda atípico por conta da pandemia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) enfrentou um ano recorde em número de fusões e aquisições e, mesmo tendo analisado um intenso volume de operações, conseguiu manter não só a qualidade de suas decisões, como também a agilidade no tempo de tramitação de atos de concentração. Em outros pilares, a autarquia manteve ainda níveis de anos anteriores quanto à análise de condutas anticompetitivas e de advocacia da concorrência.



Os últimos meses também foram marcados por

términos de mandato de algumas posições-chave no órgão. Enquanto ainda se aguardam as sabatinas e a nomeação do superintendente-geral, de conselheiro e do procurador-geral do Cade, respectivamente, o mandato do novo presidente do conselho, que se iniciou em julho deste ano, deu continuidade não apenas a uma nova fase institucional, mas simbolizou um novo ciclo de debates sobre diferentes matérias ligadas ao Direito Antitruste.

Diante desse cenário e dos novos desafios que se aproximam com a chegada de 2022, procura-se, no presente texto, rememorar alguns dos principais casos e discussões analisados pelo Cade ao longo dos últimos 12 meses, sobretudo em quatro principais eixos: análises de concentrações, condutas colusivas e unilaterais e advocacia da concorrência.

Atos de concentração

Os efeitos da pandemia continuaram a afetar os mais diversos setores do mercado brasileiro. Em continuidade com o final de 2020, o ano de 2021 foi marcado por intensas movimentações de mercado diante de um cenário de oportunidades e adaptações, seja para os *players* que possuíam caixa ou que puderam se capitalizar, seja para aqueles que tiveram de se adequar diante das adversidades e mudanças tecnológicas.

Tal tendência resultou em um aumento substancial das atividades do Cade, que analisou em 2021 um número elevado de atos de concentração. Foram 581 operações analisadas em 2021, em comparação a 455 analisadas em 2020 e 433 em 2019, momento anterior à pandemia. Entre tais operações, observou-se um aumento de notificações envolvendo casos mais complexos, sendo os últimos meses marcados por um elevado número de atos de concentração analisados pelo rito ordinário.

Ao todo, foram 80 operações enquadráveis sob o rito ordinário, sendo aproximadamente 24 relacionadas ao setor de saúde, sobretudo ao setor de saúde suplementar, objeto de consolidações de mercado significativas. Como exemplos, foi possível observar as operações ocorridas entre GSHMED Hemoterapia e Unimed [1], e entre Hapvida e Intermédica [2], ambas aprovadas sem restrições pelo Cade.

Outro setor digno de nota foi o de meios de pagamento, que tem exigido, a cada ano, maior escrutínio por parte da autarquia, em virtude da sua dinamicidade e adaptabilidade às inovações tecnológicas. Destacaram-se, nesse sentido, as operações ocorridas entre Magalu Pagamentos e Hub Prepaid [3] e entre Stone e Linx [4].

Determinadas parcerias e *joint-ventures* valem ser ressaltadas. Mencionam-se, nesse ponto, as operações ocorridas entre Latam e Delta [5], Claro e Serasa [6] e entre Basf, Monsanto, DuPont, Dow Agrosiences e Syngenta [7].

Dois casos de rediscussão de atos de concentração também merecem destaque. O primeiro envolveu a aquisição, pela Hapvida, da totalidade da carteira de contratos de cobertura de serviços de assistência à saúde celebrados pela Plamed com beneficiários de planos de saúde médico-hospitalares. A operação foi aprovada mediante celebração de acordo em controle de concentrações (ACC), diante das preocupações referentes à concentração de mercado em municípios do estado de Sergipe. Entretanto, alguns meses após a sua aprovação, a operação foi novamente analisada pelo tribunal, sendo desta vez reprovada por conta das requerentes terem descumprido integralmente o ACC [8]. Já o segundo caso tratou da reversibilidade da decisão de reprovação do Cade na operação de aquisição da Innova, antes de titularidade da Petrobras, pela Videolar. Em análise de embargos de declaração, o tribunal reverteu sua decisão, aprovando a operação mediante celebração de novo ACC [9].

Por fim, um dos casos mais discutidos do ano consistiu na incorporação das ações da Unidas pela Localiza. Após a superintendência-geral do Cade (SG) ter recomendado a aprovação da operação mediante celebração de ACC, o processo foi objeto de instrução complementar pelo tribunal, que, ao final, celebrou um ACC com compromissos mais rígidos e um substancial pacote de desinvestimentos, incluindo a marca Unidas. Em votação apertada, a operação foi aprovada na última sessão de julgamento do ano, mediante celebração de ACC, com apenas um voto de diferença [10].

Condutas colusivas

Em 2021, o tribunal do Cade julgou 25 processos administrativos, dos quais 19 relacionam-se à prática de cartel e três, a condutas comerciais uniformes [11]. O plenário ainda homologou oito termos de compromisso de cessação relacionados à prática de cartel. O montante total de

multas aplicadas e de contribuições pecuniárias resultou em mais de R\$ 1,3 bilhão, valor significativamente maior do que a arrecadação de 2020 na mesma seara [12].

Entre os diversos temas debatidos ao longo do ano, destacam-se a aplicação de vantagem auferida para o cálculo de multas e a tese de não responsabilização de pessoas físicas não administradoras. Por desafiarem a tradicional jurisprudência do órgão e ainda serem objeto de divergência entre os conselheiros, tais temas merecem atenção redobrada para o ano de 2022.

O Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90, que condenou as empresas Redex Telecomunicações Ltda. (Redex) e Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. (Araguaia), bem como três pessoas físicas pela prática de condutas anticompetitivas no mercado nacional de componentes eletrônicos para o setor de telecomunicações entre 2009 e 2013, é representativo de ambas as discussões.

A tese da vantagem auferida prevaleceu no caso, vencidos os conselheiros Luiz Hoffmann, Mauricio Bandeira Maia e o então presidente, Alexandre Barreto. O primeiro a votar pela utilização de vantagem auferida para cálculo da multa de uma das empresas representadas no caso foi o conselheiro Sérgio Ravagnani [13], em sede de voto-vista. O conselheiro calculou a vantagem a partir de notas fiscais disponíveis nos autos, que permitiam verificar os valores recebidos pela Araguaia a título de remuneração pela apresentação de ofertas de cobertura em licitações privadas. A conselheira-relatora, Paula Azevedo, que havia votado em sessão anterior pela aplicação da multa sem utilização da estimativa da vantagem auferida, mudou seu voto, acompanhando a divergência, assim como os conselheiros Luiz Braido e Lenisa Prado.

O conselheiro Sérgio também trouxe para o caso a discussão da tese da não responsabilização de pessoas físicas não administradoras, por entender que a Lei nº 12.529/2011 não prevê a penalização para tais pessoas, ainda que guardem relações empregatícias com empresas participantes do ilícito. A tese não prevaleceu no tribunal, restando vencidos a conselheira Paula Azevedo, que também mudou seu voto quanto a esse ponto, bem como os conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado.

Já no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15, que condenou seis empresas e 12 pessoas físicas por formação de cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de uniformes e kits de materiais escolares para alunos da rede pública de ensino, a vantagem auferida para cálculo da multa das empresas também foi objeto de discussão. A conselheira-relatora, Paula Azevedo, determinou os valores das multas aplicadas com base na vantagem auferida por cada uma das empresas, calculada segundo os valores das licitações públicas investigadas. Em votação, a dosimetria proposta pela conselheira relatora foi adotada por maioria, restando vencidos os conselheiros Mauricio Oscar Bandeira Maia, Luiz Hoffmann e o então presidente Alexandre Cordeiro.

No que se trata da abertura de processos administrativos pela SG, destaca-se a instauração de processo administrativo contra grandes empresas da indústria farmacêutica, para investigação de práticas de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes na área de recursos humanos. O Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61 inaugurou o exame do órgão sobre o tema, que já havia ganhado destaque no cenário internacional.

Condutas unilaterais

Nos últimos anos, a análise de condutas unilaterais vem ganhando cada vez mais importância, sobretudo a partir da amplitude de novas práticas decorrentes da evolução tecnológica dos mais diversos mercados. Entre os casos analisados, quatro deles merecem destaque.

O primeiro trata-se de inquérito administrativo instaurado em março de 2021 contra a empresa Ifood após a denúncia formalizada pela Rappi Brasil e pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel) [14]. O processo investiga possível abuso de posição dominante no mercado de pedidos *online* por parte do Ifood, que se valeria de sua elevada participação de mercado para adotar práticas verticalmente restritivas, por meio da celebração massiva de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros. A instrução do caso ainda está em curso, e a SG deferiu o pedido de preventiva solicitado pelas denunciantes, determinando que o Ifood se abstenha de firmar novos acordos de exclusividade e de renovar os já existentes.

Em julho, a SG instaurou processo administrativo em desfavor do Grupo Globo para investigar suposto abuso de posição dominante por parte da empresa nos mercados de serviços de publicidade e de venda de tempo e espaço para publicidade em veículos de comunicação. A investigação se iniciou ainda em 2020 e também foi alvo de medida preventiva por parte do Cade, posteriormente revogada pela Justiça [15].

Por último, destaca-se ainda a condenação das empresas Rumo e América Latina Logística (ALL) por abuso de posição dominante e criação de dificuldades à atuação de empresa rival no mercado de logística para exportação de açúcar via transporte ferroviário. De acordo com o Cade, a Rumo interditou o pátio rodoferroviário da cidade de Santa Adélia (SP), essencial para as atividades da Agrovía, prestadora de serviço de logística integrada via modal ferroviário para exportação de açúcar. Segundo a autarquia, o ato impossibilitou a Agrovía de prestar serviços aos clientes no período entressafra, crucial para o setor, por ser o período de negociação de contratos, fato que gerou enormes prejuízos. Ao final, o conselho condenou a empresa ao pagamento de aproximadamente \$ 247 milhões [16].

Por fim, vale ressaltar que o setor portuário continuou a concentrar um elevado número de processos envolvendo condutas unilaterais por parte do Cade. Discussões como a cobrança do chamado Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) [17] ainda são prevalentes na autarquia, e o presente ano foi marcado pela discussão, ainda em andamento, acerca do memorando de entendimentos celebrado entre o Cade e a Antaq relativo aos procedimentos de cooperação na análise de cobranças sobre o SSE de cargas em regime de trânsito.

Advocacia da concorrência

Para além dos papéis preventivos e repressivos, o Cade também exerce prerrogativas educativas para a sociedade. Essa última função, que engloba a advocacia da concorrência, é compartilhada com a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (Seae), do Ministério da Fazenda, e tem como objetivo elaborar estudos, emitir pareceres e auxiliar órgãos reguladores e legislativos na criação de um ambiente concorrencialmente saudável.

Dentre os trabalhos realizados, destaca-se o desenvolvimento da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (Fiarc) conduzida pela Seae, que contou com procedimentos

relevantes instaurados em 2021, em diferentes setores [18].

Além disso, destaca-se a análise feita pelo Cade acerca de denúncia apresentada pela Associação Brasileira de Bancos de Sangue contra a empresa estatal Hemobrás e o Ministério da Saúde, referente à investigação de práticas anticompetitivas relacionadas à limitação de participação de agentes privados na industrialização do plasma sanguíneo no Brasil. Em nota técnica, o Departamento de Estudos Econômicos destacou tratar-se de temática de extrema relevância, já que, por conta da atual política de gestão e processamento do sangue brasileiro, milhares de litros de plasma são desperdiçados todo o ano no Brasil, ao invés de serem aproveitados para a produção de medicamentos essenciais ao tratamento de doenças relacionadas ao sangue. O Cade, nesse sentido, considerou que há relevância no caso e, mesmo entendendo tratar-se de temática para além de sua competência, encaminhou o tema para a Seae, para que haja uma análise mais aprofundada [19].

Desafios para 2022

Entre as mudanças na composição do conselho, o mandato da conselheira decana, Paula Azevedo, se encerrará no final de fevereiro. Além de o tribunal passar a contar com dois novos conselheiros em 2022, há a expectativa de que o novo superintendente-geral do Cade seja sabatinado no início do ano. É provável que essa renovação influencie significativamente os debates e decisões, tanto da SG quanto do tribunal. Nessa linha, um dos desafios do Cade será justamente trazer maior clareza quanto ao seu posicionamento em diversas matérias, tais como os critérios para dosimetria de penas, avocação e até mesmo revisão de atos de concentração.

Por fim, 2022 marcará dez anos de vigência da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Esperamos que esse marco signifique o início de uma década tão promissora quanto a passada.

[1] Ato de Concentração nº 08700.004940/2020-44.

[2] Ato de Concentração nº 08700.003176/2021-71. No momento da publicação do presente artigo, tal aprovação ainda não havia transitado em julgado.

[3] Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55.

[4] Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17.

[5] Ato de Concentração nº 08700.003258/2020-34.

[6] Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61.

[7] Ato de Concentração nº 08700.001901/2021-76.



[8] Ato de Concentração nº 08700.001846/2020-33.

[9] Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19.

[10] Ato de Concentração nº 08700.000149/2021-46.

[11] Os três processos restantes relacionaram-se a práticas de condutas unilaterais.

[12] A arrecadação em 2020 foi de aproximadamente R\$ 140.000.000,00.

[13] O Conselheiro entendeu que não havia nos autos elementos que permitissem estimar a vantagem auferida pela Redex, cuja multa foi calculada com base em um percentual sobre seu faturamento.

[14] Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47.

[15] Processo Administrativo nº 08700.006173/2020-16.

[16] Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03.

[17] Por exemplo, Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31, dentre outros.

[18] Vide, por exemplo, Processos SEAE nº 10099.100524/2021-44, 10099.100308/2021-07, 10099.100163/2021-36.

[19] Procedimento Preparatório nº 08700.001734/2020-82 e Processo SEAE nº 10099.100524/2021-44.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-dez-29/direito-concorrencia-desafios-pais-ano-covid-19/>