Direito Concorrencial: Autonomia para além das incertezas

O Cade não passou imune ao cenário político nacional. [1] Com a necessidade de nomeação de diversas posições chave em 2019, a autarquia sofreu com a ampla incerteza sobre que nomes seriam indicados e, especialmente, com a demora para a efetivação das nomeações – o que acabou paralisando o Tribunal do CADE por quase três meses por falta de quórum regulamentar para julgamento.

Em julho, o Tribunal se despediu dos Conselheiros João Paulo Rezende, Paulo Burnier e Polyanna Vilanova. Antes do fim de seus respectivos mandatos, eles participaram do julgamento de casos relevantes, contribuindo para um primeiro semestre movimentado no Tribunal do CADE. Com a chegada de quatro novos Conselheiros a partir de outubro, o Tribunal retomou seu quórum e já proferiu posicionamentos importantes. Nesse ponto, merece nota ainda a renovação por mais dois anos dos mandatos do Superintendente-Geral Alexandre Cordeiro e do Procurador-Chefe Walter Agra.

Desse modo, não obstante as inconstâncias do cenário político, o Cade foi capaz de continuar avançando no desenvolvimento da política de defesa da concorrência, demonstrando sua solidez e notável nível de autonomia institucional. Casos relevantes foram julgados e novos regulamentos proferidos, inclusive com mudanças no Regimento Interno.

Controle de atos de concentração
O ano de 2019 contou com diversos casos relevantes em matéria de ato de concentração. O ano foi marcado por uma atuação intensa de terceiros interessados, o que tem contribuído para uma análise cada vez mais detalhada dos casos.

Atos de concentração com sobreposições horizontais (ou seja, com agentes que são concorrentes num dado mercado) continuaram sendo objeto de análise detida pelo Cade, que seguiu demandando remédios em diversos casos:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

– Ainda em fevereiro, o Tribunal do Cade aprovou a aquisição da Twenty-First Century Fox pela The Walt Disney Company condicionada a Acordo em Controle de Concentrações (ACC)[2]. O Tribunal entendeu que a operação despertaria preocupações concorrenciais no mercado de canais esportivos básicos para TV por assinatura ao formar um duopólio entre as Requerentes (com os canais ESPN e Fox Sports) e a Globosat (canais SporTV). O ACC aprovado pela maioria demandava a venda dos canais Fox Sports[3].

– Na aquisição da DanicaZipco pela Kingspan-Isoeste, a Superintendência impugnou a operação em função da alta concentração no mercado de painéis termoacústicos[4]. Diante da probabilidade de reprovação da operação, as Requerentes desistiram da operação um dia antes do julgamento pelo Tribunal do Cade;

– Em abril, o Tribunal do Cade aprovou a aquisição da Amcor Limited pela Bemis Company, Inc[5], que atuam nos mercados de embalagens flexíveis e rígidas. A operação havia sido impugnada pela Superintendência-Geral, que recomendou assinatura de ACC (incluindo transferência de know-how a um concorrente em vias de entrar no mercado, repassando clientes durante um período de transição). Em decisão paradigmática, o Tribunal do CADE entendeu, entretanto, que o ACC proposto traria mais preocupações concorrenciais que a aprovação sem restrições (o remédio incrementaria riscos de coordenação).

– A aquisição da Nextel Telecomunicações pela América Móvil – empresa controladora da Claro – foi aprovada sem restrições[6]. O Tribunal concluiu que as condições de rivalidade eram suficientes e que a questão do espectro teria sido devidamente avaliada pela Anatel.

– Em dezembro, meses após aprovar uma aquisição realizada pela Prosegur num caso que gerou extensa discussão[7], o Tribunal do CADE condicionou a aprovação de nova aquisição a assinatura de ACC em que a Prosegur se obriga a não adquirir controle ou participação societária em outras empresas que ofertem serviços de transporte de valores pelos próximos três anos, em todo o território nacional[8]. Desse modo, o Cade reconhece que a concentração no setor de transporte de valores é preocupante e deve ser freada.

Em 2019, o Tribunal do Cade enfrentou ainda diversas questões envolvendo a análise de atos de concentração que produzem efeitos não horizontais, seja pela existência de integração vertical ou de poder conglomerado. As discussões nesses casos se tornam progressivamente mais complexas, resultando em análises mais cuidadosas e que exigem das Partes maior atenção durante a notificação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Os principais casos envolvendo essas discussões resultaram na imposição de remédios ou ao menos envolveram discussões extensas e, muitas vezes, com votos dissidentes. Dentre os principais casos, destacam-se (i) a aquisição do controle da Mediplan Assistencial pela Notre Dame Intermédica, que resultou em ACC com remédios comportamentais[9]; (ii) a aquisição da Ferrous pela Vale, que foi notificada pelo rito sumário e acabou sendo declarada complexa[10]; (iii) a aquisição, pelo Itaú Unibanco, de participação societária correspondente a 11% do capital social da Ticket Serviços que, embora tenha sido aprovada por maioria, teve dois votos dissidentes pela reprovação[11]; e (iv) a aquisição da Red Hat pela IBM[12], maior operação da história da indústria de software que resultou em recomendação de abertura de investigação por supostas práticas anticompetitivas.

Vale ainda mencionar que, no caso IBM/Red Hat, o CADE confirmou sua jurisprudência no sentido de não aceitar estruturas de *carve-out* em operações globais. Ficou uma vez mais estabelecido que a consumação da operação fora do Brasil gera violação da obrigação de *stand-still*, mesmo que as operações no Brasil continuem segregadas. Nesse caso, o CADE aplicou a nova resolução para cálculo da multa por *gun jumping*, resultando na imposição da multa máxima de R$ 60 milhões com desconto de 5% por ter sido negociado um acordo.

Abuso de Posição Dominante
O Cade avaliou diversos casos de abuso de posição dominante ao longo de 2019. Destacamos os casos mais marcantes a seguir.

Já em janeiro, o Cade aprovou por unanimidade Termo de Compromisso de Cessação (TCC) firmado com a Empresa de Correios e Telégrafos – ECT[13]. A investigação tratava de suposta tentativa da ECT de expandir o monopólio legal sobre serviço postal para serviços que não estariam incluídos nesse monopólio, como motofrete, entrega de cartões magnéticos e emissão de fatura de água. A ECT se comprometeu a recolher contribuição pecuniária de cerca de R$ 21,9 milhões, além de criar um Programa de Compliance Concorrencial.

Em abril, a SG arquivou investigação contra a fabricante de aparelhos GPS Garmin[14]. Segundo a denúncia da TurboData, a Garmin teria bloqueado a leitura de suas cartas náuticas nos equipamentos de GPS para uso náutico com a finalidade de eliminar a concorrência. A SG entendeu que a Representada agiu “dentro de sua esfera de decisões comercialmente estratégicas em relação a seu produto”. Além disso, haveria outras fabricantes de aparelhos GPS capazes de ler cartas náuticas da denunciante, não detendo a Garmin uma *essential facility*.

Em junho, o Tribunal do Cade homologou, por maioria, TCC no qual a Petrobras se comprometeu a alienar oito refinarias[15]. Pelo acordo, suspendeu-se investigação iniciada pela SG para avaliar abuso de posição dominante no mercado de refino de petróleo. O desinvestimento das oito refinarias será realizado em três etapas definidas no TCC.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ainda em junho, o Cade arquivou três investigações contra o Google. Por unanimidade, arquivou investigação iniciada a partir de denúncia de que a empresa estaria copiando e reproduzindo conteúdo de sites temáticos rivais em seus próprios resultados temáticos ("*scraping*")[16]. Outra investigação arquivada por unanimidade foi a que tratava de suposta imposição de cláusulas abusivas para licenciamento de programa para interoperabilidade de anúncios entre a plataforma AdWords e outras plataformas[17].

O Tribunal também arquivou, dessa vez por maioria, o caso iniciado com a denúncia de que o Google estaria privilegiando o seu próprio serviço de comparação de preço ao posicionar o Google Shopping no topo ou na lateral da página de resultados[18]. O Voto do Relator, Conselheiro Maurício Maia, destacou que o lançamento do Google Shopping era uma inovação relevante, propiciando informações mais atualizadas e detalhadas sobre produtos.

Em julho, novo TCC celebrado com a Petrobras suspendeu investigações em curso sobre supostas condutas anticompetitivas no mercado de distribuição de gás natural[19]. Em decisão unânime, homologou-se o acordo pelo qual a Petrobras se comprometeu, dentre outras coisas, a vender as transportadoras NTS, TAG e TBG.

Por fim, em julgamento concluído em outubro, o Cade condenou a operadora Tecon Suape pela cobrança de tarifa de ISPS (International Ship and Port Facility Security) contra empresas de armazenagem alfandegada do Porto de Suape[20].

Cartéis

Quanto aos cartéis em nível nacional, o Cade segue com atuação rigorosa:

– Em fevereiro, no caso do suposto cartel das "quentinhas", referente a licitação para fornecimento de alimentação para penitenciárias do Rio de Janeiro, o Tribunal, por maioria, concluiu que as evidências eram indiretas e circunstanciais, inexistindo prova de comunicação entre as empresas[21].

– Em abril, o colegiado condenou 27 postos de combustíveis e as distribuidoras BR e Ipiranga, além de pessoas físicas, por práticas anticompetitivas entre 2007 e 2008. A condenação por cartel foi dirigida aos postos; as distribuidoras foram condenadas por influência de conduta uniforme[22].

– O segmento de peças automotivas continuou sendo objeto de atenção em 2019. Em abril, o Cade condenou cartel no segmento de amortecedores dianteiros e traseiros[23]. Investigações como as dos mercados de sistemas de exaustão[24], módulos de airbag, cintos de segurança, volantes[25] e filtros automotivos[26] contaram, por sua vez, com TCCs homologados.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

– Houve ainda o julgamento do cartel em licitações de trens e metrôs em SP, DF, MG e RS. O caso teve ampla repercussão quando se tornou público, ganhando as manchetes dos jornais em 2013. A assinatura de Acordo de Leniência com a Siemens foi o momento inicial da investigação, que contou ainda com operações de busca e apreensão. Em julho, o caso foi concluído com a condenação de 42 indivíduos e 11 empresas, entre as quais, Alstom, Bombardier, CAF e Mitsui. As multas somaram R$ 515 milhões para empresas e R$ 19,5 milhões para as pessoas físicas. De acordo com o Cade, ao menos 26 procedimentos licitatórios foram afetados entre 1999 e 2013[27].

Com relação aos cartéis internacionais com efeitos no Brasil, o Tribunal condenou em janeiro diversas empresas e pessoas físicas por cartel no mercado de unidades de discos ópticos (ODDs), que leem e gravam dados em suportes como CDs, DVDs, Blu-ray, e também por cartel na venda de componentes de monitores e notebooks de LCD[28].

Chamou a atenção, em particular, uma investigação de suposto conluio internacional no mercado de sistemas de direção assistida (EPS) que, a despeito de ter contado com leniência e TCC, acabou em arquivamento por insuficiência de provas. Confissão dos beneficiários de acordos com o Cade e provas indiretas produzidas unilateralmente não foram considerados elementos suficientes para subsidiar uma condenação[29].

O breve panorama quanto aos casos de cartel permite concluir que o Cade tem dado sinais de maior exigência acerca do *standard* de provas, o que se mostra em linha com os postulados constitucionais e as expectativas de segurança jurídica.

Agenda para 2020
A grande renovação no Tribunal do Cade é possivelmente o principal desafio em 2020. Composto por seis conselheiros e um presidente, o Tribunal conta agora com quatro novos conselheiros – Lenisa Prado, Luis Braido, Luiz Hoffmann e Sergio Ravagnani – que passarão a exercer influência cada vez mais relevante sobre as decisões.

Com o reaquecimento da economia brasileira, essa nova composição do Tribunal deverá ser responsável pelo exame de diversos atos de concentração. Será importante observar como o Cade reagirá em novos casos envolvendo sobreposição horizontal, em especial quanto à aplicação de remédios. A necessidade de reavaliação da aquisição da Twenty Century Fox pela Walt Disney, julgada em fevereiro de 2019, em função da alegada impossibilidade de implementação do desinvestimento será um primeiro teste relevante. Além desse caso, o setor de transporte de valores também compreenderá nova discussão logo nos primeiros meses do ano.

Outro ponto que merecerá atenção quanto à atuação do Tribunal é a análise de cartéis. Há um desenvolvimento relevante nos últimos anos no sentido de avaliar evidências com maior rigor, o que se espera seja mantido pelos novos conselheiros.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Finalmente, a SG deverá novamente ter papel central em ditar as principais pautas do ano ao escolher que casos investigar. Casos envolvendo *startups* e novas tecnologias devem continuar sob o escrutínio da SG, inclusive com novas discussões envolvendo o tratamento de dados pessoais. Com a iminente entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o Cade precisará definir a interface de sua atuação com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Da perspectiva de condutas concertadas, o ano deverá incluir a continuidade das discussões envolvendo troca de informações sensíveis.

---

[1] Note-se que os autores atuam como advogados em alguns dos casos aqui mencionados. O texto, contudo, reflete unicamente a visão dos próprios autores sobre os casos.

[2] Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53. Representamos a Associação NEOTV em intervenção de terceiro nesse caso.

[3] Em novembro, o Tribunal do CADE votou pela reabertura da análise do ato de concentração, que deverá ser julgado novamente em 2020. Após meses de tentativas de venda dos canais, as Requerentes alegaram dificuldades em completar a alienação, o que levou o CADE a reconsiderar a solução encontrada.

[4] Ato de Concentração nº 08700.006637/2018-61. Representamos a Perfilor em intervenção de terceiro nesse caso.

[5] Ato de Concentração nº 08700.005911/2018-85.

[6] Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56.

[7] Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93

[8] Ato de Concentração nº 08700.003244/2019-87. Representamos a Tecban em intervenção de terceiro nesse caso.

[9] Ato de Concentração nº 08700.005705/2018-75.

[10] Ato de Concentração nº 08700.007101/2018-63. Representamos o Porto Sudeste em intervenção de terceiro nesse caso.

[11] Ato de Concentração nº 08700.006345/2018-29.

[12] Ato de Concentração nº 08700.001908/2019-73 Representamos a Nutanix em intervenção de terceiro nesse caso.

[13] PA nº 08700.009588/2013-04.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[14] Procedimento Preparatório nº 08700.000629/2016-40.

[15] Requerimento 08700.002715/2019-30 (Inquérito Administrativo 08700.006955/2018-22).

[16] PA nº 08700.009082/2013-03. Assessoramos o Google nesse processo.

[17] PA nº 08700.005694/2013-19. Assessoramos o Google nesse processo.

[18] PA nº 08012.010483/2011-94. Assessoramos o Google nesse processo.

[19] Requerimentos nº 08700.003133/2019-71 e 08700.003136/2019-12 (Inquérito Administrativo 08700.007130/2015-82 e PA 08700.002600/2014-30).

[20] PA nº 08700.005418/2017-84

[21] PA nº 08012.006667/2009-35.

[22] PA nº 08700.010769/2014-64.

[23] PA nº 08700.004073/2016-61.

[24] PA nº 08700.001486/2017-74.

[25] PA nº 08700.002938/2017-35.

[26] PA nº 08700.003340/2017-63.

[27] PA nº 08700.004617/2013-41.

[28] PA nº 08012.001395/2011-00.

[29] PA nº 08700.003735/2015-02.

Date Created
02/01/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.