



Direito concorrencial brasileiro: desdobramentos relevantes e perspectivas

1ª Edição de 2022

MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

Sumário

Introdução	3
Principais desdobramentos em atos de concentração e expectativas para 2022	4
Desdobramentos no controle de condutas e expectativas para 2022	13
Autorização a exercício de direitos políticos: caso MSCLog-In.....	27
Tendências na análise de políticas de restrição de preço de revenda.....	31

Introdução

O objetivo deste documento é sintetizar os principais destaques da atual política concorrencial brasileira e da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) em casos concretos, bem como chamar a atenção para tendências e perspectivas que, a nosso ver, merecem estar no radar de empresas que estejam fazendo negócios ou tenham interesse de desenvolver negócios no Brasil.

Nesta edição, trazemos quatro textos. No primeiro texto, trazemos os principais desdobramentos em atos de concentração, reforçando o crescimento das operações analisadas pelo Cade em 2021, além das tendências esperadas para 2022, como instruções mais aprofundadas e maior ênfase em dados econômicos, possível aumento de avocações e análises mais detalhadas com relação a remédios. No texto seguinte, por sua vez, apresentamos o

panorama de 2021 no controle de condutas, com a abertura de diversas novas investigações, além da retomada das buscas e apreensões, e possíveis tendências para 2022, como a possibilidade de aplicação do conceito de “vantagem auferida” na dosimetria das multas nos casos de condenação. No terceiro texto, apresentamos o caso MSC/Log-in, em que o Cade autorizou o exercício de certos direitos políticos na Log-In pela SAS (do grupo MSC), sujeito a determinadas salvaguardas e compromisso de monitoramento, mesmo sem ter ocorrido a conclusão da análise do caso pelo Cade. Por fim, o último texto aborda as tendências na análise de políticas de restrição de preços de revenda, tendo em vista o resultado do julgamento da consulta realizada pela Michelin.

The background of the slide features a blurred, high-angle view of a multi-story apartment building with many windows. In the lower right foreground, a traffic light is visible, showing three lenses. The overall color palette is light and muted, with a soft orange-brown hue for the text.

— Principais desdobramentos em atos de concentração e expectativas para 2022

Se em 2020 o número de atos de concentração analisados pelo Cade já havia sido alto, o ano de 2021 foi ainda mais movimentado. No ano anterior, 454 operações foram analisadas pelo Cade, das quais 391 sob o sumário e 63 sob o rito ordinário¹. Em 2021, a tendência de crescimento das operações submetidas ao Cade deu um salto: o Cade analisou 610 operações, dentre as quais 526 sob o rito sumário e 84 sob o rito ordinário.²

Além do aumento expressivo no número de operações, identificamos diversos casos com discussões relevantes do ponto de vista concorrencial, que foram analisados tanto pela SG do Cade quanto pelo Tribunal do Cade. Foi possível perceber que o Cade vem requisitando das partes um maior detalhamento das informações fornecidas, dando mais ênfase a dados econômicos. Além disso, notamos um

maior aprofundamento da própria análise de atos de concentração e também no contexto de negociação de remédios, o que tem aumentado o tempo de análise desses casos. Por fim, notamos um maior escrutínio com relação à acuracidade dos dados fornecidos pelas partes que notificam ao Cade (com discussões envolvendo acusações sobre enganiosidade), além de um aumento no número de pedidos de avocação pelo Tribunal do Cade.

Apresenta-se abaixo um panorama dos desdobramentos de 2021 e expectativas para 2022.

1. Vide: https://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/vorn/?msdyntrid=npU0OaMM6JQzEXnUDS-0Zb1Mk_oCm5BE43aI2X-Ts7Y#p=14.

2. Dados extraídos em 17 de janeiro de 2022 da ferramenta “Cade em números” (excluindo um ato de concentração arquivado por perda de objeto).

TENDÊNCIA DE INSTRUÇÕES CADA VEZ MAIS DETALHADAS E COM MAIOR ÊNFASE EM DADOS ECONÔMICOS

O Cade é conhecido por sua eficiência na análise de atos de concentração. Contudo, o tempo para conclusão da análise pelo órgão, sobretudo em casos sob o rito ordinário, pode ser maior ou menor, a depender de fatores como o nível de detalhamento da análise conduzida pela SG, a existência ou não de intervenção por terceiros e/ou de eventual avocação pelo Tribunal do Cade. Em 2021, esses fatores, somados ao aumento do número de casos em análise, parecem ter impactado o prazo de análise de atos de concentração, com especial destaque para

aqueles referentes a setores que vêm passando por movimentos de consolidação, como o setor de saúde, indústria farmacêutica, varejo, serviços financeiros, setor agrícola, setor de educação, bem como setores relacionados aos mercados digitais. A tendência observada é de períodos de pré-notificação mais longos, com um maior número de solicitações de informações pelo Cade. Como exemplos, podemos citar os seguintes casos: Cogna/Eleva³ (cujo prazo da análise foi de 151 dias), Arco/Pearson⁴ (132 dias), Dasa/Leforte⁵ (138 dias), NotreDame/Serpram⁶ (201 dias), Serasa/Claro⁷ (145 dias) e Ânima/Laureate⁸ (144 dias).

O tempo de análise também será significativamente impactado nos casos em

3. Ato de Concentração nº 08700.002232/2021-50.

4. Ato de Concentração nº 08700.002297/2021-03

5. Ato de Concentração nº 08700.001171/2021-11.

6. Ato de Concentração nº 08700.006195/2020-78.

7. Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61.

8. Ato de Concentração nº 08700.006238/2020-15.

que houver negociação de remédios, os quais necessariamente precisam ser submetidos à aprovação pelo Tribunal. Podemos citar como exemplos dessa situação o parecer da SG no caso Localiza/Unidas⁹ (mencionado abaixo), que foi publicado após mais de 200 dias de análise. Também se viu, pela primeira vez em tempos recentes, a SG solicitar, para o Tribunal, uma dilação legal de 90 dias para a análise de um caso ainda sob sua responsabilidade: a compra da Oi Móvel S.A. pela Claro, Telefônica e TIM, para avaliação da respectiva proposta de remédio. Até então, essa dilação apenas costumava ocorrer em casos já em análise final pelo Tribunal.

As empresas devem ter em mente que tem havido um escrutínio mais detalhado por parte do Cade, incluindo a construção de diferentes cenários para a definição de mercado relevante e

o uso de diferentes *proxies* para mensuração da concentração de mercado, demonstrando uma crescente ênfase em dados econômicos.

Essa tendência também se aplica para operações envolvendo mercados digitais, que continuam ganhando a atenção das autoridades internacionais e do Cade. Em agosto de 2021, o Departamento de Estudos Econômicos do Cade publicou o Documento de Trabalho “Mercados de Plataformas Digitais” para identificar como a jurisprudência do órgão tem se comportado com relação a esse tema em atos de concentração e investigações de condutas anticompetitivas, como detalhado na 3^a edição de 2021 deste boletim.¹⁰

Outro desdobramento relevante refere-se a um maior rigor com relação à acuracidade dos dados fornecidos pelas partes, inclusive com a abertura

9. Ato de Concentração nº 08700.000149/2021-46.

10. Vide: https://www.mattosfilho.com.br/Documents/210624_livreto_concorrencial_2021_3ed_PT.pdf, pp. 28-31.

de investigações sobre enganiosidade, como antecipado na 2ª edição de 2021 deste boletim¹¹ e discutido no caso Delta Airlines/Latam Group (*joint venture*): apesar de aprovada sem restrições, o Tribunal também determinou o desarquivamento de ato de concentração referente a uma operação anterior entre as mesmas partes, após suposta inconsistência identificada durante a análise da *joint venture*. Essa reanálise ainda está em curso.

TENDÊNCIA DE AUMENTO NO NÚMERO DE PEDIDOS DE AVOCAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELO TRIBUNAL DO CADE

Especificamente com relação ao Tribunal do Cade, permanece a tendência mencionada na 1ª edição de 2021 deste boletim sobre o relativo

aumento no número de pedidos de avocação, pelos Conselheiros do Tribunal, de atos de concentração aprovados sem restrições pela SG.

Apesar de esses pedidos ainda serem uma medida de exceção usada, por exemplo, quando há preocupações efetivas quanto a determinados mercados e/ou divergências entre a SG e o Tribunal, essa tendência tende a impactar o tempo final de análise e revela um maior escrutínio da autoridade (mesmo em casos não declarados complexos). No caso Delta Airlines/Latam Group (*joint venture*),¹² o pedido de avocação foi homologado em outubro de 2020, e houve uma análise pormenorizada até a publicação da decisão final em março de 2021, mesmo no contexto de uma operação que ocorreu em um dos setores mais afetados pela crise da Covid-19 (o setor aéreo): houve um período de 147 dias entre a homologação da avocação e a

11. Vide: <https://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/dnso/#p=4>.

12. Ato de Concentração nº 08700.003258/2020-34.

publicação, que acabou por confirmar a decisão da SG de aprovação sem restrições da operação.

Em 2021, foram apresentados oito pedidos de avocação (em 2020 foram cinco), porém, dentre eles, apenas um foi homologado pelo Plenário do Cade (contra três em 2020), o que também demonstra que o Tribunal do Cade está analisando a homologação desses pedidos com cuidado, com foco em casos em que possam ter dúvidas efetivas, evitando-se, dentro do possível, custos ou prejuízos desnecessários às partes e ao mercado, em prol da celeridade da análise de atos de concentração:

Ato de Concentração (Partes) ¹³	Prazo entre a homologação do pedido de avocação e a decisão final pelo tribunal	Decisão
08700.000821/2021-01 (American Tower International, Inc. e Telxius Telecom S.A.)	N/A. A Conselheira Lenisa Prado apresentou reconsideração do pedido de avocação, após esclarecimentos prestados pelas partes.	N/A.
08700.000167/2021-28 (Rede D'Or São Luiz S.A. e Hospital América Ltda.)	N/A. A Conselheira Lenisa Prado apresentou reconsideração do pedido de avocação, após esclarecimentos prestados pelas partes.	N/A.
08700.001312/2021-98 (Smartfit Escola de Ginástica e Dança S.A. e Just Fit Participações em Empreendimentos S.A.)	N/A. A Conselheira Lenisa Prado apresentou reconsideração do pedido de avocação, após esclarecimentos prestados pelas partes.	N/A.
08700.006373/2020-61 (Serasa S.A. e Claro S.A.)	N/A, já que o pedido de avocação não foi homologado pelo Tribunal.	N/A.
08700.004481/2021-80 (Americanas S.A. e Hortigil Hortifruti S.A.)	N/A, já que o pedido de avocação não foi homologado pelo Tribunal. O Presidente do Cade fez uso de voto de qualidade pela decisão de não homologação.	N/A.
08700.002747/2021-50 (Marfrig Global Foods S.A. e BRF S.A.)	N/A. A Conselheira Lenisa Prado apresentou reconsideração do pedido de avocação, após esclarecimentos prestados pelas partes.	N/A.
08700.002894/2021-20 (Mills Estruturas e Serviços de Engenharia S.A. e SK Rental Locação de Equipamentos Ltda.)	N/A, já que o pedido de avocação não foi homologado pelo Tribunal. O Presidente do Cade fez uso de voto de qualidade pela decisão de não homologação.	N/A.
08700.002922/2021-17 (Sony Music Entertainment Brasil Ltda. e Globo Comunicação e Participações S.A.)	Pedido de avocação foi homologado, por maioria, em 1º de dezembro de 2021. Ainda pendente de decisão final – a operação foi notificada em 3 de junho de 2021.	Pendente.

13. Considerando apenas os pedidos de avocação apreciados em 2021 e na ordem cronológica em que foram apresentados.

TENDÊNCIA DE ANÁLISE MAIS DETALHADA COM RELAÇÃO À NEGOCIAÇÃO DE REMÉDIOS EM CASOS DE MAIOR COMPLEXIDADE

A análise e a negociação de remédios também têm enfrentando um maior escrutínio. Em 2021, remédios do tipo *fix-it-first* e *upfront buyer* foram comuns (como nos casos Hapvida/Plamed¹⁴ e Hypera/Takeda¹⁵). Contudo, apesar da preferência mais recente do Cade por remédios estruturais, como detalhado na referida 2ª edição de 2021 deste boletim¹⁶, tem havido um crescente número de casos com aplicação de remédios comportamentais ou híbridos (como ocorreu nos casos Hapvida/Plamed, Teksid/Tupy¹⁷, Danfoss/Eaton¹⁸ e Localiza/Unidas).

Um dos casos cuja conclusão foi bastante aguardada em 2021 referiu-se à compra da Unidas pela Localiza. Nesse caso, a aprovação foi condicionada à adoção de um conjunto de medidas estruturais e comportamentais profundas, incluindo alienação de ativos relevantes, obrigação de notificar determinadas operações, ainda que não venham a cumprir os critérios de notificação obrigatória, e o não exercício de direito de não concorrência previsto em acordo celebrado com uma empresa estrangeira.

Outro caso envolveu a aquisição, pela Tupy, do negócio de fundição de ferro da Teksid, então detido pela Fiat Chrysler (hoje Stellantis). A operação foi aprovada condicionada à adoção de um conjunto

14. Ato de Concentração nº 08700.001846/2020-33.

15. Ato de Concentração nº 08700.003553/2020-91.

16. Vide: <https://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/dnso/#p=10>.

17. Ato de Concentração nº 08700.002569/2020-86.

18. Ato de Concentração nº 08700.003307/2020-39.

de medidas para o Brasil. Dentre os compromissos celebrados, destaca-se a transferência de certos contratos de fornecimento para outros concorrentes.

Por fim, destaca-se a aquisição dos negócios de soluções hidráulicas da Eaton pela Danfoss, cuja decisão e os remédios adotados ocorreram num contexto de cooperação e coordenação entre o Cade e algumas autoridades estrangeiras, visto que a operação também havia sido notificada nos Estados Unidos, União Europeia, Ucrânia, Egito, China, Coreia do Sul, México, Austrália e Turquia. O objetivo dessa atuação em conjunto das diferentes autoridades foi evitar estabelecer remédios que onerassem excessivamente as partes, mas que também guardassem equilíbrio com os posicionamentos estrangeiros e respeitassem as especificidades do mercado brasileiro. Essa cooperação não deve, todavia, ser interpretada como mera deferência pelo Cade a outras jurisdições. Ao contrário, o Cade já demonstrou em

outras situações que considera os efeitos locais de operações globais, não se abstendo de aplicar um forte nível de escrutínio às operações que, em sua opinião, potencialmente prejudicariam a concorrência no Brasil.

The background of the slide features a blurred, high-angle view of a multi-story apartment building with many windows. In the lower right foreground, a traffic light is visible, showing three lenses. The overall color palette is light and muted, with a soft orange-brown hue overlaid on the text.

— Desdobramentos no controle de condutas e expectativas para 2022

INTRODUÇÃO

Em 2021 o Cade continuou ativo na análise de condutas, a despeito das dificuldades ocasionadas pela pandemia. A autoridade concluiu e instaurou mais investigações em comparação ao ano de 2020, o que pode indicar uma retomada mais intensa das atividades com a melhora da pandemia no Brasil. O ano foi marcado pela retomada de uma atuação mais incisiva com relação a cartéis, **(i)** com condenações em duas investigações de cartel em licitações, cujas multas foram calculadas com base na “vantagem auferida” como critério primário para a dosimetria da pena (de forma inédita na jurisprudência do Cade), **(ii)** com a primeira condenação de cartel em mercado de autopeças, e **(iii)** pela retomada de operações de busca e apreensão. Merece destaque também a instauração da primeira investigação antitruste no País envolvendo condutas supostamente anticompetitivas no “mercado de trabalho”.

Condutas unilaterais continuaram sendo alvo de escrutínio do Cade, com a condenação de empresa de logística por abuso de posição dominante, e com a imposição de medidas preventivas em dois processos envolvendo condutas unilaterais e um processo sobre influência de conduta comercial uniforme.

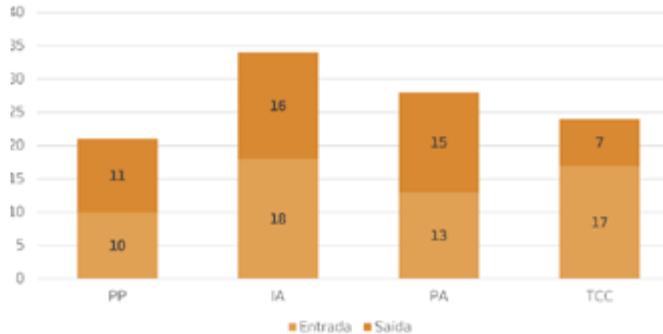
Abaixo apresentamos um resumo das atuações dignas de destaque do Cade ao longo do último ano em matéria de análise de condutas.

ESTATÍSTICAS DA ATUAÇÃO DO CADE EM 2021: CONDUTAS

O ano movimentado do Cade no controle de condutas se reflete nas estatísticas da autoridade em processos voltados a esse fim. No total, entre Procedimentos Preparatórios, Inquéritos

Administrativos, Processos Administrativos e Requerimentos de TCC, a SG instaurou 58 procedimentos e encerrou 49, conforme o gráfico abaixo:

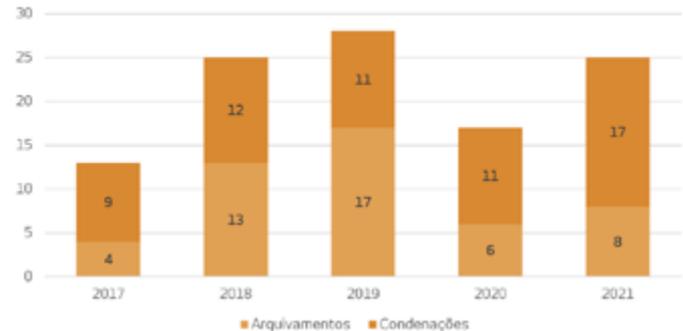
Entrada e Saída de Processos



Entre os 58 procedimentos instaurados, a maioria (29) versa sobre cartéis. Em segundo lugar, estão os casos envolvendo condutas unilaterais (12) e em seguida condutas uniformes (7).

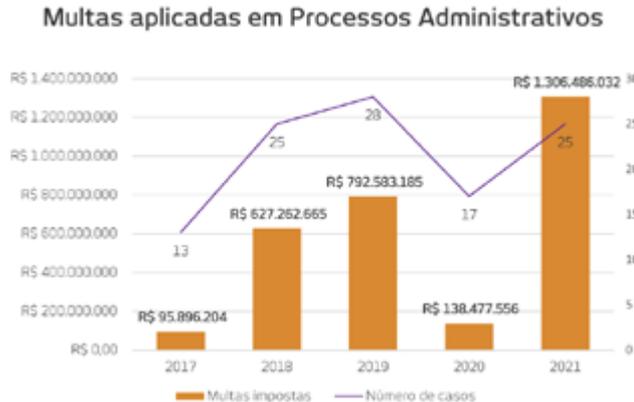
O Tribunal do Cade julgou 25 processos administrativos. Desses, oito resultaram em arquivamento e houve 17 condenações, que dão sequência a uma tendência de aumento das condenações versus 2020:

Processos Administrativos julgados no Tribunal



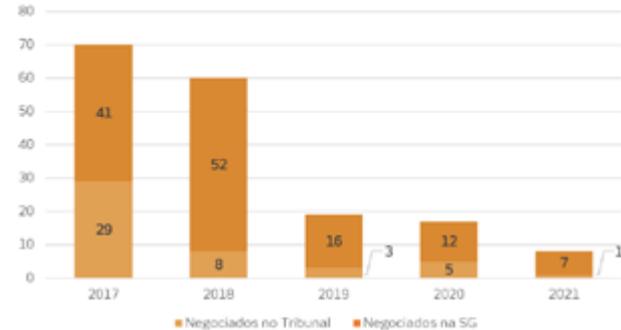
As condenações por práticas anticompetitivas geraram um total de multas aplicadas de R\$ 1,3 bilhão, patamar consideravelmente superior a anos

anteriores, notadamente em relação a 2020, como se vê no gráfico:



Por fim, vale destacar o reduzido número de TCCs homologados pelo Tribunal do Cade em 2021, refletindo em um patamar também baixo (em relação a anos anteriores) das contribuições pecuniárias, totalizando R\$ 58,7 milhões:

Requerimentos de TCC Homologados



O reduzido volume de TCCs homologados é reflexo de uma maior dificuldade, tanto por parte das empresas, quanto da própria SG, em calcular o valor da contribuição pecuniária diante da falta de consenso entre os conselheiros do Tribunal do Cade sobre os parâmetros de cálculo.

CONDENAÇÕES DE CARTÉIS DE AUTOPEÇAS

O Cade encerrou duas investigações relacionadas a prática de cartéis envolvendo autopeças. Em março, a autoridade condenou pela primeira vez empresas envolvidas em um cartel relacionado ao mercado de rolamentos automotivos para fornecimento aos setores de peças de reposição e de peças originais¹⁹. As multas somaram R\$ 88,2 milhões e haviam sido recolhidos mais de R\$ 74 milhões em contribuições pecuniárias a partir de Termos de Compromisso de Cessaçãõ (TCCs). Em outubro, o Cade voltou a condenar um cartel de autopeças, impondo multas de R\$ 235 milhões a duas empresas e pessoas físicas relacionadas, por prática anticompetitiva no mercado de filtros automotivos para fornecimento aos setores de peças de reposição (IAM)²⁰. Mais de R\$ 51,8 milhões

havam sido recolhidos no caso em contribuições pecuniárias por ocasião de TCCs firmados por outras representadas.

NOVAS CONDENAÇÕES EM CARTÉIS COM MULTAS CALCULADAS A PARTIR DA “VANTAGEM AUFERIDA”

Em agosto, de forma inédita na jurisprudência, o Tribunal do Cade aplicou o conceito de “vantagem auferida” como critério primário para se calcular as multas em dois processos administrativos envolvendo licitações, em vez de aplicar os percentuais de multa sobre o faturamento, previstos na Lei nº 12.529/11. As decisões foram proferidas por maioria (quatro dos sete Conselheiros).

19. Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59.

20. Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63.

Até então, como mencionamos na [primeira edição do boletim de 2021](#), os poucos precedentes do Cade em que se aplicou o conceito da “vantagem auferida” tratavam de casos em que não havia informações sobre os faturamentos das empresas investigadas e a maioria do Tribunal, incluindo o Presidente do Cade, não vinha realizando tais cálculos em razão das controvérsias em relação à metodologia aplicável e da falta de informações.

No caso do cartel de uniformes e material escolar²¹, a maioria do Tribunal do Cade seguiu o entendimento da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo, que adotou a vantagem auferida como critério para aplicar multas contra a Capricórnio S.A. A Conselheira estimou um nível médio de sobrepreço de 20,5% para a representada com base em dados específicos dos autos sobre preços praticados e valores de subcontratação em dois

pregões. A multa de R\$ 9,2 milhões foi equivalente à vantagem auferida estimada e superior à possível multa calculada com base no faturamento bruto da representada. No tocante à Excel 3000 Materiais e Serviços Ltda., o critério de faturamento foi o preponderante na dosimetria, com multa de R\$ 19,1 milhões, pois o valor da vantagem auferida estimada (com presunção de sobrepreço de 20%) havia se mostrado inferior. Para as outras empresas, as multas foram calculadas com base nos faturamentos em razão de não terem vencido qualquer contrato nas licitações afetadas pelo cartel.

No caso do cartel de material escolar e de escritório²², o voto vista do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani foi seguido pela maioria do Tribunal do Cade com relação às multas de quatro representadas, calculadas a partir de estimativas

21. Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15.

22. Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94.

das vantagens auferidas. O Conselheiro adotou uma estimativa de sobrepreço de 20% sobre os valores dos contratos vencidos pelas empresas por meio do cartel. Nos termos do voto, o referido percentual de sobrepreço é uma *“presunção relativa, sujeita a prova em contrário a cargo dos representados” e seria ancorado “em estudos empíricos segundo os quais tal percentual pode ser observado em diversos casos de cartéis nacionais e internacionais”*.

Vale destacar que ambas as decisões foram proferidas em casos envolvendo cartéis em licitações públicas, nos quais a transparência dos certames e dos lances ofertados pelas empresas facilita que se estima a “vantagem” obtida pela empresa vencedora.

Será importante acompanhar em 2022 a discussão sobre a aplicação do critério de vantagem auferida entre os membros do Tribunal do Cade, especialmente considerando que dois novos conselheiros deverão ser nomeados em breve.

Esses dois casos inéditos de 2021 demonstram que a aplicação de uma metodologia de cálculo de vantagem auferida poderá aumentar o nível das multas que vem sendo aplicado pela autoridade em casos envolvendo cartéis. Não obstante, multas aplicadas com base em vantagem auferida tendem a provocar uma maior litigiosidade, com mais discussões judiciais por anos no Poder Judiciário, além de maior insegurança jurídica, pois o cálculo da vantagem auferida é tremendamente complexo, além de depender de informações e dados que o Cade não dispõe na grande maioria dos casos.

OUTROS CASOS DE DESTAQUE

O Cade julgou e condenou diversas empresas e pessoas físicas relacionadas por formação de cartel envolvendo licitações públicas, de municípios do estado de São Paulo para contratação de serviços terceirizados de fornecimento de merenda escolar, julgado em abril - multas de cerca de R\$ 340,8

milhões e, no caso do cartel em licitações públicas para fornecimento de tubos e conexões de PVC, julgado em junho, aplicou multas de mais de R\$ 192,2 milhões, além de R\$ 104,4 milhões recolhidos por TCCs.

Em maio, o Cade encerrou duas investigações de cartel e influência à conduta uniforme. O primeiro tratou de práticas anticompetitivas entre concorrentes no mercado de frete internacional aéreo e marítimo de cargas tendo como origem ou destino o Brasil, tendo sido impostas multas de R\$ 31,2 milhões²³. O segundo caso consistiu em condutas anticompetitivas envolvendo distribuidoras e diversos postos de combustíveis e pessoas físicas relacionadas e uma entidade representativa no mercado de distribuição e revenda de combustíveis na cidade de Joinville, em Santa Catarina, com a aplicação de mais de R\$ 38,7 milhões em multas.

O Cade voltou a condenar condutas relacionadas à aplicação de taxas no setor portuário. Em dois processos, julgados em maio e em junho, o Tribunal entendeu que a cobrança de taxa inicial (“joia”) para novos operadores portuários configurava prática anticompetitiva e aplicou multas de mais de R\$ 6 milhões contra órgãos gestores de mão de obra portuária e diversos operadores portuários.

Por fim, importante decisão foi proferida pelo Tribunal do Cade em novembro, quando condenou a Rumo Logística Operadora Multimodal e da América Latina Logística por abusar de posição dominante e criar dificuldades à atuação de empresa rival no mercado de logística para exportação de açúcar via transporte ferroviário. Após 5 anos de investigação, a autoridade aplicou multa no valor de R\$ 247,1 milhões, valor expressivo considerando condenações anteriores do Cade envolvendo condutas unilaterais. A Procuradoria Federal

23. Processo Administrativo nº 08012.001183/2009-08.

especializada junto ao Cade ainda avaliará se as condutas configuraram descumprimento ao Acordo em Controle de Concentrações (ACC), firmado à época da aprovação da fusão da Rumo com a ALL.

NOVAS INVESTIGAÇÕES

Como citado acima, entre Procedimentos Preparatórios, Inquéritos Administrativos, Processos Administrativos e Requerimentos de TCC, a SG instaurou 58 procedimentos em 2021. A seguir são destacadas as principais investigações iniciadas em 2021.

Em março, a SG instaurou a primeira investigação antitruste no País sobre supostas condutas anticompetitivas envolvendo mercado de trabalho. O processo contra 36 empresas e mais de 100 pessoas físicas versa sobre o mercado de provimento de mão de obra para a indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos

para cuidados com a saúde (*healthcare*). Conforme a nota técnica da SG, haveria indícios de trocas de informações sensíveis entre departamentos de recursos humanos das empresas envolvidas, especialmente no tocante a remuneração, reajuste salariais e benefícios aos empregados das diversas empresas. A autoridade aponta ainda suposta ação coordenada envolvendo contratações e gestão de pessoas, o que teria incluído paralelismo em negociações trabalhistas com os sindicatos representativos do setor. A investigação do Cade ocorre em um momento em que as relações entre práticas de recursos humanos e a defesa da concorrência vêm ganhando destaque em outras jurisdições, onde se têm discutido e investigado práticas anticompetitivas relacionadas ao mercado de trabalho, como acordos de não-solicitação (*no-poaching*) e fixação de salários (*wage fixing*).

A temática da investigação é inédita para o Cade, o processo ainda se encontra no início e pode marcar o começo de uma atuação crescente da autoridade

sobre condutas relacionadas ao mercado de trabalho brasileiro, que guarda profundas diferenças com o mercado de trabalho de outros países. A discussão sobre a atuação do Cade nesse tema será grande, tendo em vista a natureza de nosso sistema legal trabalhista e sindical e dos limites de atuação da autoridade antitruste nesse tema.

Outras investigações de destaque iniciadas pelo Cade em 2021 incluem o processo administrativo contra sete empresas e pessoas físicas por suposta formação de cartel internacional na

cadeia de produção e comercialização de produtos farmacêuticos utilizados na composição de medicamentos antiespasmódicos²⁴ e um processo administrativo sobre revelação unilateral de informações como conduta anticompetitiva²⁵. O Cade também instaurou processo administrativo contra a Globo por suposto abuso de posição dominante no mercado de serviços de publicidade e mercado de venda de tempo/espço para publicidade em veículos de comunicação.²⁶ Com relação a investigações de supostas condutas anticompetitivas em licitações, a autoridade

24. Processo Administrativo nº 08700.004235/2021-28.

25. Processo Administrativo nº 08700.005438/2021-31. A investigação foi instaurada em dezembro contra um empresário do mercado sucroalcooleiro que, participando de um seminário com a presença de outros concorrentes, se pronunciou de uma forma que, no entender da autoridade concorrencial, poderia gerar potenciais efeitos anticompetitivos. Para mais detalhes, vide artigo publicado por Eduardo Frade, sócio da área de Direito da Concorrência, em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-20/revelacao-unilateral-informacoes-conduta-anticompetitiva>.

26. Processo Administrativo nº 08700.006173/2020-16, originado a partir de procedimento preparatório inaugurado em 2020.

instaurou ao menos quatorze processos administrativos sobre o tema.²⁷

MEDIDAS PREVENTIVAS

O Cade seguiu a tendência de impor medidas preventivas em casos de conduta unilateral, na intenção de suprimir eventuais prejuízos concorrenciais. Em março, a SG impôs medida preventiva contra o aplicativo de delivery iFood, em investigação sobre os contratos de exclusividade

com restaurantes parceiros. Embora os representantes tenham solicitado o encerramento de todas as relações de exclusividade entre iFood e seus parceiros, o órgão técnico determinou apenas que o iFood não poderia firmar novos contratos que contenham acordo de exclusividade, ressalvadas renovações de contratos pré-existentes. Em sua decisão, a autoridade citou riscos de tipping, considerando o elevado market share do iFood e o perfil de restaurantes com exclusividade na plataforma.

27. (i) Processo Administrativo nº 08700.000489/2017-91 (mercado de construção civil e montagem industrial de bases de armazenagem, distribuição e revenda de combustíveis, que teriam afetado licitações da Petrobras, em mais um desdobramento da Operação Lava Jato); (ii) Processo Administrativo nº 08700.007277/2013-00 (cartel em licitações para a execução de obras de infraestrutura hídrica e saneamento, especialmente no Estado do Rio de Janeiro); (iii) Processo Administrativo nº 08700.003341/2017-16 (condutas anticompetitivas em licitações da Transpetro no mercado de prestação de serviços de manutenção industrial em dutos, tanques e terminais aquaviários); (iv) Processo Administrativo nº 08700.006861/2018-53 (mercado nacional de fornecimento de tubos e conexões de polietileno de alta densidade - PEAD, para obras de infraestrutura de gás); (v) Processo Administrativo nº 08700.008352/2016-01 (cartel no mercado de prestação de serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de portos e terminais aquaviários públicos); (vi) Processo Administrativo nº 08700.006871/2018-99 (cartel no mercado nacional de fornecimento de tubos e conexões de PVC para obras); (vii) Processo Administrativo nº 08700.004914/2021-05 (cartel em mercado de licitações, públicas e privadas, para contratação de serviços terceirizados); (viii) Processo Administrativo nº 08700.003252/2017-61 (cartel no mercado de obras e serviços aeroportuários em licitações da Infraero); (ix) Processo Administrativo nº 08700.003244/2017-15 (condutas anticompetitivas em licitações do DNIT, relativas ao mercado brasileiro de construção, conservação e manutenção de rodovias e pontes); (x) Processo Administrativo nº 08700.005020/2019-18 (mercado de obras de infraestrutura de pequeno e médio porte em licitações promovidas por Prefeituras Municipais no interior do estado do Rio de Janeiro); (xi) Processo Administrativo nº 08700.003247/2017-59 (condutas anticompetitivas no mercado de obras e serviços de engenharia, especificamente no âmbito do procedimento licitatório realizado pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal); (xii) Processo Administrativo nº 08700.003249/2017-48 (condutas anticompetitivas no mercado de obras civis de infraestrutura de mobilidade urbana licitadas pelo Governo do Distrito Federal); (xiii) Processo Administrativo nº 08700.004172/2020-29 (infração à ordem econômica em licitação pública do Superior Tribunal de Justiça – STJ); e (xiv) Processo Administrativo nº 08700.005876/2019-85 (cartel em licitações de transporte escolar da rede pública estadual de ensino de São Paulo).

O Inquérito Administrativo instaurado em face da Gympass foi outro caso relevante envolvendo condições de exclusividade e em que a autoridade impôs medida preventiva. A investigação foi instaurada em setembro de 2020 a partir de representação da TotalPass e, diante da ausência de decisão da SG quanto ao requerimento de medida preventiva, a empresa recorreu ao Tribunal do Cade. O recurso não foi conhecido pelo Tribunal, mas o Plenário determinou a instauração de Inquérito Administrativo pela Superintendência para que fosse dada continuidade à investigação da conduta. Em dezembro, o órgão técnico impôs medida preventiva impedindo a Gympass de firmar novos contratos de exclusividade (de forma semelhante ao caso do iFood) e tornando inexigíveis as obrigações de *most favored nation* (cláusulas de paridade) que a empresa exigia de suas academias cadastradas, mencionando o risco de inviabilização da atividade de concorrentes devido à alta abrangência da conduta da Gympass.

Outro caso que envolveu a imposição de medida preventiva em 2021 foi o Inquérito Administrativo instaurado em face do Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões no Estado de São Paulo (SATED), que visa apurar a adoção de tabela de honorários de dubladores e fechamento do mercado de diretores de dublagem por meio de ações coercitivas. Em decisão de dezembro de 2021, a SG determinou que o sindicato se abstenha de elaborar, divulgar e impor tabelas de remuneração de dubladores e diretores de dublagem.

As medidas preventivas reforçam que o Cade continua disposto a fazer uso de tais instrumentos quando entender necessário para preservar as condições de concorrência nos mercados envolvidos.

EXPECTATIVAS PARA 2022

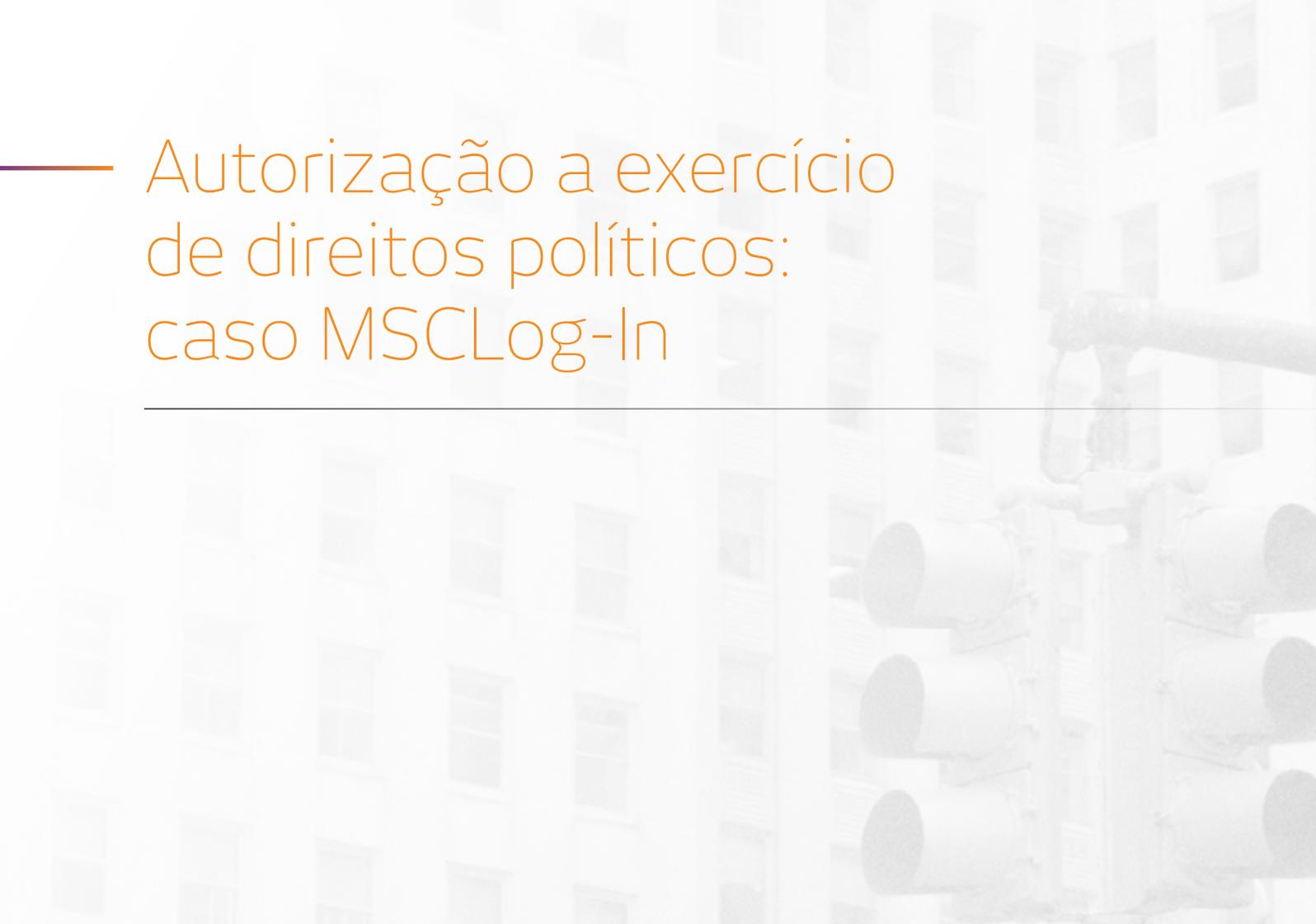
Espera-se que em 2022 o Cade mantenha a intensa atuação em casos de condutas anticompetitivas. Importantes nomeações são esperadas para cargos estratégicos do Cade neste ano. Desde julho de 2021 há uma vaga para no Tribunal do Cade em razão do término do mandato do então Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia. Ainda, em fevereiro de 2022 finda o mandato da Conselheira Paula Farani de Azevedo, de modo que haverá duas posições em aberto no Tribunal. Além disso, espera-se a nomeação do novo Superintendente-Geral do Cade, cargo vago desde julho de 2021, quando o ex-Superintendente Alexandre Cordeiro foi nomeado Presidente da autarquia.

A partir dos inéditos precedentes do último ano acerca de multas calculadas com base no conceito de vantagem auferida, espera-se que o tema volte à discussão no Tribunal do Cade, especialmente após mudanças na composição do Plenário. A

polêmica sobre a adoção da vantagem auferida torna ainda incerta a publicação do tão esperado Guia de Dosimetria de Multas de Cartel, cuja minuta já passou por consulta pública em 2020. Práticas anticompetitivas envolvendo recursos humanos, tema ainda incipiente no Brasil, devem continuar no radar da autoridade. Condutas unilaterais, notadamente as que envolvem big techs, o setor financeiro, meios de pagamento e agentes dominantes de mercados regulados, como portos e aeroportos, também devem permanecer no radar da autoridade. O Presidente do Cade, Alexandre Cordeiro, tem se manifestado no sentido de que condutas unilaterais podem ser mais danosas que cartéis e devem ser coibidas pela autoridade de defesa da concorrência.

Note-se também que o ano de 2021 também foi marcado pela retomada de medidas de busca e apreensão pelo Cade (suspensas em razão da pandemia), que participou em dezembro de uma operação, denominada “Mercado Pacificado”, com

o objetivo desarticular e apurar cartel praticado em licitações públicas e privadas por empresas que atuam no mercado de coleta, transporte, tratamento e destinação de resíduos em sua maioria hospitalares. A autoridade ainda não tornou a investigação pública. O retorno desse tipo de procedimento pode ser uma tendência importante a ser observada em 2022, com possíveis flexibilizações das medidas de isolamento referentes à pandemia.

The background of the slide is a faded, light-colored photograph. On the left, a tall apartment building with many windows is visible. On the right, a traffic light with three lenses is shown. The overall tone is soft and professional.

— Autorização a exercício de direitos políticos: caso MSCLog-In

A Lei nº. 12.529/2011 prevê a notificação prévia de atos de concentração econômica ao Cade, exceto para operações realizadas em bolsa de valores, situação na qual a adquirente pode submeter a operação à autoridade antitruste a *posteriori*, ficando, porém, proibida de exercer direitos políticos relativos às ações adquiridas até que a operação seja efetivamente aprovada pelo Cade. Entretanto, diante de uma excepcional necessidade de “proteção do pleno valor do investimento”, o Cade pode, eventualmente, permitir o exercício de direitos políticos de forma imediata.

Em dezembro de 2021, essa questão foi tratada pelo Cade, tendo o Tribunal da autarquia autorizado o exercício de determinados direitos políticos pela SAS Shipping Agencies Services SÀRL (“SAS”)²⁸ na Log-In Logística Intermodal (“Log-In”) antes que a

aquisição de controle da Log In pela SAS, por meio de oferta pública, fosse aprovada pela autoridade. O entendimento do Tribunal do Cade cria um precedente importante, tendo em vista que, até o momento, o tema havia sido discutido apenas em relação a aquisições minoritárias.²⁹

Em linhas gerais, os direitos políticos solicitados pela SAS e permitidos pelo Cade são a: (i) convocação de assembleia geral extraordinária para eleição de um membro do conselho de administração da Log-In pela SAS; (ii) convocação e votação em assembleias gerais para deliberar sobre matérias que alteram a condução normal dos negócios, como aumento de capital social e aprovação de contratos financeiros relevantes; (iii) autorização de direito de voto para algumas matérias, como eleição, destituição ou substituição de membros do conselho de

28. A SAS é uma subsidiária da MSC Mediterranean Shipping Company Holding (MSC).

29. Vide, por exemplo, os atos de concentração (i) nº. 08700.000869/2015-63, referente à aquisição de participação minoritária na Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. (Usiminas) pela Companhia Siderúrgica Nacional (CSN); e (ii) nº. 08700.003843/2014-96, relativo à aquisição de ações ordinárias até o limite de 18% do capital votante da Forjas Taurus S.A. pela Companhia Brasileira de Cartuchos. Nesse caso, a CBC já detinha participação societária de aproximadamente 2% na Taurus.

administração da Log-In, alterações específicas no estatuto social e aprovação ou alteração do plano de remuneração baseada em ações da Log-In que possa resultar em diluição dos acionistas.

Para preservar o ambiente competitivo e manter a reversibilidade da operação, o exercício dos direitos políticos concedidos ficou condicionado a determinadas salvaguardas, já que o mérito da operação ainda estava sob análise pela SG. Tais salvaguardas exigem, por exemplo, que o Cade seja informado de todas as reuniões deliberativas das quais a SAS participar no âmbito da Log-In, bem como a garantia da independência dos membros do conselho de administração da Log-In indicados pela SAS, cuja atuação deverá ser monitorada pelo Cade, inclusive por meio do envio de relatórios mensais à autarquia. Por fim, o Cade também exigiu a assinatura de termo de compromisso e estipulou

multa no valor de R\$ 200.000,00 por dia no caso de descumprimento de suas determinações.

O conselheiro relator Luiz Augusto Hoffmann frisou que o exercício de direitos políticos não se confunde com o instituto de autorização precária para consumação parcial prévia de operação³⁰. No entanto, diante da ausência de previsão normativa específica, o conselheiro aplicou, subsidiariamente, o procedimento previsto para a concessão de autorização precária. Desse modo, o exercício de direitos políticos foi analisado a partir dos critérios para autorização precária, quais sejam: (i) ausência de perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado, (ii) plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*), em razão da existência de risco ao valor do investimento, e (iii) urgência do pleito e perigo da demora de eventual rejeição (*periculum in mora*).

30. Previsto nos artigos 59 §1º da Lei nº. 12.529/2011, e 115 a 117 do Regimento Interno do Cade.

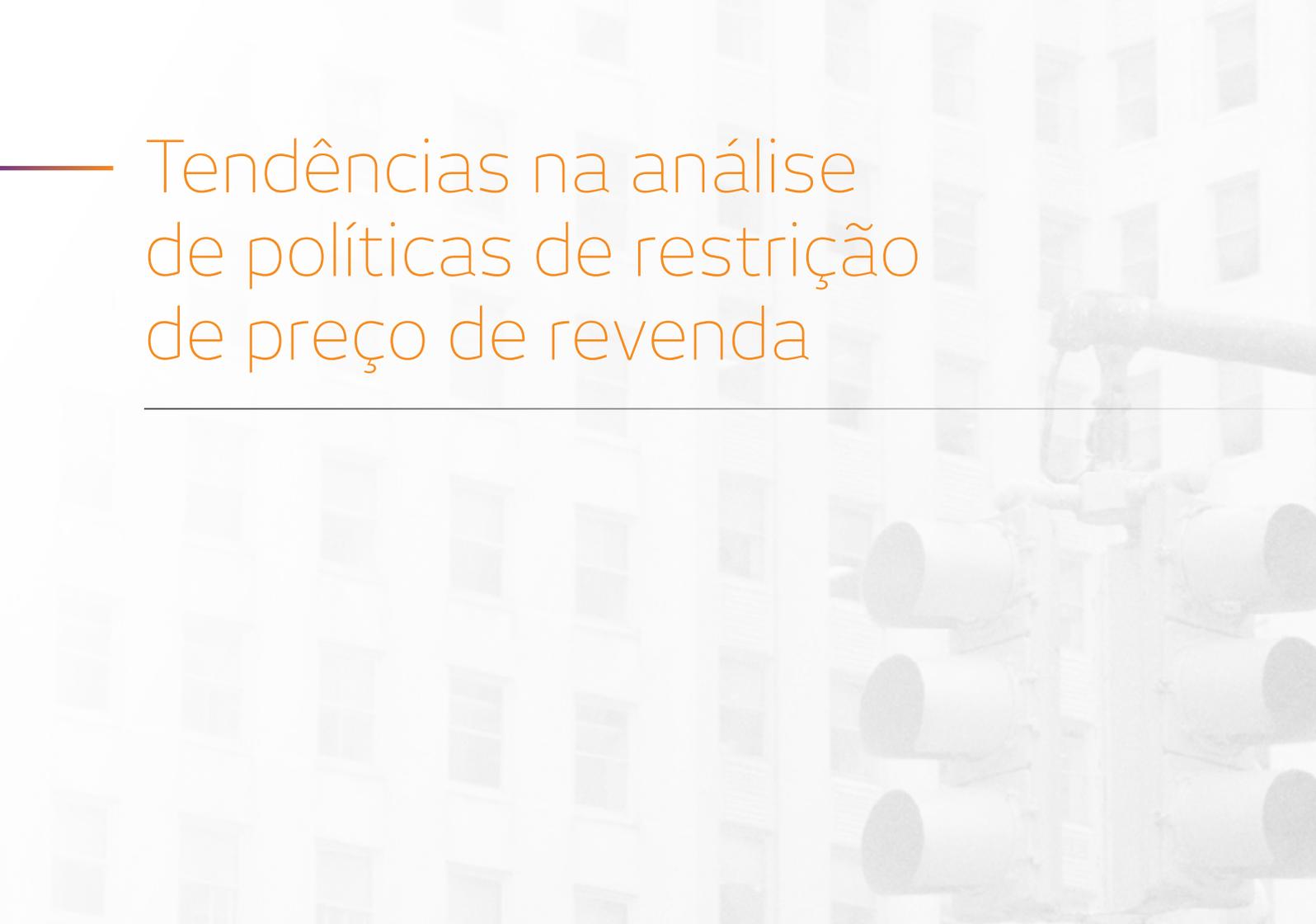
Ambos os institutos têm natureza de tutela de urgência, porém diferenciam-se em relação ao bem tutelado: enquanto a autorização dos direitos políticos assegura o resultado útil e eficaz do processo para garantir a satisfação do direito, a autorização precária antecipa os efeitos da decisão definitiva ao permitir a consumação da operação. Vale notar que pedidos de autorização precária raramente foram suscitados ao longo da vigência da Lei nº. 12.529/2011, na medida em que o Cade tem se mostrado bastante rígido quanto ao seu deferimento.

Até o momento, dentre os seis pedidos de autorização precária apresentados ao Cade, dois foram retirados sem análise do mérito e somente um obteve êxito³¹ - a aquisição da totalidade do capital social da Rio de Janeiro Aeroportos S.A. ("RJA")³², que

explora a concessão do Aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, pela Excelente B.V.

31. Ato de Concentração nº 08700.007756/2017-51.

32. Anteriormente à operação, a RJA era detida pela Excelente B.V. (40%) e pela Odebrecht Transport Aeroportos S.A. (60%).

The background of the slide features a blurred, high-angle view of a multi-story apartment building with many windows. In the lower right foreground, a traffic light is visible, showing three lenses. The overall color palette is light and muted, with a soft orange-brown hue for the text.

Tendências na análise de políticas de restrição de preço de revenda

Os preços de revenda têm se tornado uma preocupação recorrente no contexto do franco crescimento e promoção do comércio eletrônico no Brasil. Isso porque os fornecedores dos produtos têm fundado receio de que os revendedores pratiquem preços excessivamente baixos e incompatíveis com a qualidade e os custos dos seus produtos. Com isso, políticas e restrições sobre preço estão aparecendo de forma recorrente na agenda das autoridades antitruste no Brasil e no mundo.

Exceto nos casos de fixação de preço de revenda (em que há uma inversão do ônus da prova e a empresa que pratica a política de preços deve provar que as eficiências geradas por sua política compensam os danos à concorrência)³³, as práticas

de restrições verticais de preços são analisadas pelo Cade à luz da regra da razão e, portanto, não são consideradas ilícitos *per se*. De modo geral, as restrições verticais de preços ocorrem a partir de uma determinação ou imposição, pelo fabricante, de determinada política que impacta diretamente o modo de comercialização do produto no nível da revenda. As políticas de restrições verticais de preços são operadas por meio da sugestão ou fixação dos preços de revenda e podem emergir de iniciativas unilaterais dos fabricantes ou dos revendedores, como instrumento para facilitar a colusão, por exemplo.³⁴ Para além do potencial de efeito líquido negativo sob a concorrência em um determinado mercado, a existência de mecanismos de monitoramento e retaliação são fatores adicionais que reforçam os efeitos anticompetitivos

33. Diferentemente dos casos anteriores, em 2013 durante a análise da conduta da SKF, a maioria do Tribunal do Cade decidiu afastar a regra da razão e considerou, portanto, ônus da SKF provar eventuais eficiências ou mesmo o caráter pró-competitivo da conduta (Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44). O caso está atualmente sob revisão judicial.

34. Condutas que implicam em fixação de preços são consideradas mais lesivas à livre concorrência que meras sugestões.

das restrições verticais de preço, assim como o tipo de preço sugerido – se mínimo ou máximo.³⁵

Recentemente, este tema foi discutido com maior profundidade em uma consulta formulada pela Michelin, que pretendia receber o ateste de licitude do Cade para uma política de preços mínimos a serem anunciados pelos seus revendedores (“Política de PMA”) no mercado de reposição de pneus.³⁶

A referida consulta foi feita por cautela, dado que o Tribunal já havia analisado, em 2018, uma consulta bastante similar de autoria da Continental, empresa concorrente da Michelin.³⁷ Naquela ocasião, o Cade concluiu pela presunção de licitude da Política de PMA idealizada pela Continental, desde que condicionada (i) à manutenção da unilateralidade

da definição dos preços mínimos anunciados, sem participação dos revendedores, e (ii) à ausência de discriminação entre os agentes econômicos afetados pela política. Outro fator relevante para a decisão foi a constatação de que a Continental não possuía posição dominante.

Muito embora tais circunstâncias (até então consideradas suficientes para dirimir preocupações concorrenciais) também estivessem presentes na Política de PMA da Michelin, o Tribunal, por maioria, concluiu de forma distinta neste caso, não concedendo o ateste de licitude.

Em especial, a autoridade entendeu que a referida política teria o potencial de gerar o aumento nos preços pagos pelos consumidores finais, bem como de dificultar a competição de preços

35. Como levantado pela Conselheira Paula Farani no seu voto na Consulta nº 08700.004460/2021-64, em geral, os preços máximos têm sido apontados como menos problemáticos que os preços mínimos e fixos.

36. Consulta nº 08700.004460/2021-64.

37. Consulta nº 08700.004594/2018-80.

entre revendedores, o que facilitaria a colusão no mercado de reposição. Além disso, o Cade alegou que não havia nos autos comprovação de que a Política PMA geraria eficiências repassáveis aos consumidores e que, por mais que se aplique apenas aos preços anunciados e não aos preços de revenda efetivamente praticados aos consumidores finais (isto é, os revendedores teoricamente estariam livres para comercializar os produtos por preços diferentes dos anunciados e para realizar formas alternativas de anúncios de descontos e promoções) Políticas de PMA, são, por natureza, equivalentes à imposição de restrições verticais. Ademais, de acordo com a decisão, Políticas de PMA são especialmente preocupantes quando aplicadas ao e-commerce. Isso, pois, não há no varejo eletrônico o elemento de comunicação humana entre vendedor e consumidor final, de modo que, na prática, o espaço para barganha entre o comprador e o revendedor que possibilitaria que o preço final praticado fosse diferente do preço anunciado não existe. Sendo

assim, teoricamente, Políticas PMA no âmbito do e-commerce teriam efeitos equivalentes à uma fixação de preço de revenda.

O fato de não ser a primeira vez em que o Tribunal analisa uma política desta natureza no mercado de reposição de pneus também foi relevante para a conclusão da autoridade antitruste. Primeiramente, porque, as Políticas de PMA da Michelin e da Continental, em conjunto, abrangeriam parte não desprezível do referido mercado. Além disso, eventual aval do Cade nesta nova consulta também sinalizaria ao mercado uma tendência indesejável de difusão dessa prática aos demais concorrentes.

Vale reforçar que a decisão da Consulta da Michelin não significa que políticas de restrição de preços passaram a ser vistas como ilícitas *per se*. A autoridade reconhece que o potencial lesivo dessas práticas dependerá de diversas variáveis, tais como a natureza da restrição de preços,

existência de mecanismos de retaliação, estrutura de oferta e demanda do mercado afetado, modo de implementação da política e as eficiências geradas e repassadas ao consumidor final.

Exemplo disso é a recente chancela da política de preços idealizada pela Ipiranga em 2021,³⁸ que funcionaria por meio da sugestão de preço máximo de revenda de combustível na bomba via inteligência artificial. Muito embora a Ipiranga possuísse presunção de posição dominante, o Cade considerou que a política não geraria preocupações concorrenciais por se tratar de sugestão – e não fixação ou imposição – de um parâmetro de preço máximo – e não fixo ou mínimo. Outras características consideradas importantes para condicionar a licitude neste caso foram: (i) a definição de sugestões de preço sempre inferiores ao preço de revenda cobrado pelo revendedor,

(ii) a individualização da sugestão com base nas peculiaridades de cada revendedor e (iii) a manutenção de propriedade exclusiva, pela Ipiranga, do sistema algorítmico e da base de dados que o alimentasse.

De todo modo, verifica-se uma tendência no endurecimento do entendimento do Cade sobre o tema. É importante destacar que, além de não chancelar a política da Michelin, o Tribunal também decidiu reavaliar a decisão proferida na Consulta da Continental, sugerindo que o mais recente entendimento do Tribunal não será isolado.

Sendo assim, empresas que pretendam definir políticas que afetem os anúncios e/ou os preços praticados por distribuidores/revendedores deverão cada vez mais explorar medidas alternativas de incentivo à rede de vendas ou, no limite, estruturar

38. Consulta nº 08700.002055/2021-10.

políticas mais robustas, que considerem as diversas variáveis analisadas na Consulta da Michelin.

Nossas sócias e sócios



Amadeu Ribeiro

amadeu@mattosfilho.com.br
+1 646 695 1101
Nova Iorque



Eduardo Frade

eduardo.frade@mattosfilho.com.br
+55 61 3218 6095
Brasília



Lauro Celidonio

lauro@mattosfilho.com.br
+55 11 3147 7669
São Paulo



Marcio Soares

msoares@mattosfilho.com.br
+55 11 3147 2701
São Paulo



Michelle Marques Machado

michelle.machado@mattosfilho.com.br
+ 55 11 3147 7639
São Paulo



Renata Fonseca Zuccolo Giannella

rzuccolo@mattosfilho.com.br
+55 11 3147 7767
São Paulo

MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

 /company/mattosfilho

 /matts_filho

 /mattosfilhoadvogados

 /mattosfilho

www.mattosfilho.com.br

 O portal de notícias
do Mattos Filho

 acesse o portal

 ouça nosso *podcast*