



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

BOLETIM DE JULGADOS DO SBDC

PODER JUDICIÁRIO

TRF1 afasta sucumbência contra o CADE em exceção de pré-executividade	TRF1 anula bloqueio de ativos em execução fiscal do CADE
<p>Ao analisar os autos da Apelação Cível n. 0019257-69.2016.4.01.3400, a 8ª Turma do TRF da 1ª Região, decidiu negar provimento a pedido dos advogados do Executado José Adir Loiola pela reforma da sentença para incluir condenação por honorários sucumbenciais.</p> <p>Tratou a demanda de execução fiscal do CADE contra o senhor José Adir Loiola, que opôs exceção de pré-executividade, requerendo o desbloqueio dos valores apreendidos por penhora, a extinção da execução e a condenação do Exequente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.</p> <p>A decisão “a quo” da 11ª Vara Federal de Brasília narrou que o CADE veio aos autos reconhecer o pagamento do débito. Para a juíza Federal da 11ª Vara, não há condenação do Exequente ao pagamento de honorários advocatícios, porque a execução foi proposta de maneira regular e o débito só foi pago oito meses depois.</p> <p>Segundo o acórdão proferido pela 8ª Turma, nos termos do art. 19, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, não há condenação em honorários quando a Fazenda Pública reconhecer a procedência do pedido formulado pelo contribuinte (AgRg no REsp 1.506.470/PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, unânime, DJe 13/03/2015).</p> <p>A procedência do pedido da excipiente foi reconhecida na primeira oportunidade que o representante judicial do exequente teve para manifestação, circunstância que autoriza a exclusão da condenação a título de honorários advocatícios.</p>	<p>Ao analisar os autos do Agravo de Instrumento n. 0003549-91.2016.4.01.0000/DF, o Des. Federal Novély Reis considerou que o arquivamento da investigação no CADE tornou descabido o pedido do CADE em execução fiscal de bloqueio de ativos financeiros da Helibras, conduzindo acórdão da 8ª Turma pelo provimento do agravo.</p> <p>A execução fiscal do CADE foi motivada por multa aplicada por descumprimento de apresentação de relatórios trimestrais em sede de TCC. O Termo de Compromisso tinha por objeto a suspensão de processo administrativo em que a Helibras era acusada por Líder Signature S.A., de negativa de fornecimento de manuais técnicos necessários para a manutenção de determinados modelos de helicóptero comercializados pela demandante. Segundo a representante Líder, os aludidos manuais seriam indispensáveis para que o Departamento de Aviação Civil autorizasse a prestação destes serviços.</p> <p>Face à execução, a empresa interpôs exceção e pré-executividade por inexigibilidade da multa aplicada pelo exequente, em razão do ajuizamento da ação ordinária nº 2007.34.00.007876-5, na qual teria sido deferida liminar determinando a suspensão da exigibilidade da multa imposta pelo exequente.</p> <p>Em primeira instância o juiz deferiu pedido do CADE para bloqueio de ativos via Bacenjud. A empresa executada, então, agravou alegando a ilegitimidade da medida constritiva porque, passados quase 09 (nove) anos da fixação da multa, o CADE retomou o julgamento do referido processo administrativo e determinou o arquivamento do processo administrativo por insuficiência de provas.</p> <p>Justamente em razão da decisão de arquivamento proferida pelo CADE, o Desembargador Federal considerou que não seria admissível o bloqueio dos ativos financeiros da empresa, considerando que o CADE arquivou o processo administrativo por falta de provas da prática das condutas denunciadas que ensejaram a aplicação da multa objeto da execução fiscal.</p>

SEAE EM FOCO

<p>SEAE envia contribuição à Antaq sobre resolução que regula o transporte náutico de passageiros</p> <p>A Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (SEAE/ME) apresentou à Antaq considerações sobre a Audiência Pública nº 19/2019, que estabelece os procedimentos e critérios para outorga de autorização para a prestação de serviço de transporte de passageiros e de serviço de transporte misto na navegação interior de percurso longitudinal interestadual e internacional, ou em faixa de fronteira. (Processo nº 10099.100075/2020-53)</p> <p>Ao analisar a proposta do novo texto regulatório, a SEAE/ME levantou objeções a uma limitação imposta aos prestadores de serviços de transportes de passageiros quanto à construção e uso por estaleiros brasileiros.</p> <p>Segundo o parecer, a proposta de resolução impõe aos transportador que adquira ou contrate embarcações cuja construção tenha ocorrido em estaleiro brasileiro, além de uma obrigação adicional à construção de tais embarcações, no sentido de que pelo menos 10% do peso leve da embarcação precisa ser construído em estaleiro localizado na área próxima ao lançamento da embarcação, isto é, no local em que a embarcação é liberada na água.</p> <p>O parecer da SEAE considerou não ser justificável tal limitação, pois adentra questões de natureza privada, diminuindo a liberdade de escolha da empresa que quer contratar a construção de uma embarcação.</p> <p>Dessa forma, a SEAE recomendou à Antaq que retire a obrigatoriedade de que pelo menos 10% do peso leve da embarcação seja edificado em estaleiro brasileiro em sua área de lançamento, aumentando a liberdade de escolha para os interessados em contratar a construção de embarcação para atuar nos serviços de transporte misto na navegação interior de percurso longitudinal interestadual e internacional.</p>
<p>SEAE envia contribuição à revisão regulatória da Antaq sobre direitos e deveres de usuários que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e no longo curso</p> <p>A Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (SEAE/ME) apresentou parecer contendo suas considerações sobre a Audiência Pública nº 14/2019, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), sobre alteração da Resolução Normativa (RN) Antaq nº 18, de 21 de dezembro de 2017, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e no longo curso (Processo nº 10099.100708/2019-90).</p> <p>As recomendações da Secretaria recaíram sobre dois pontos: (i) recomenda à Antaq que justifique a necessidade de se estabelecer parâmetros para verificar eventual abusividade da taxa de câmbio comumente utilizada nos contratos do setor, sopesando potenciais impactos negativos ao reduzir o espaço negocial dos agentes com os possíveis benefícios gerados pela medida; e (ii) considerações sobre a prática de “venda de bandeira”. Tal prática consiste na utilização de brechas na legislação para baratear em até 75% o custo do frete marítimo por meio de contratação de embarcações estrangeiras.</p> <p>Para a SEAE/ME, a proposta de criação da multa para “venda de bandeira” enfrenta o problema de não haver definição do conceito na resolução. Como forma de inibir o uso de contratos de afretamento a tempo ou a viagem – mesmo que previstos legalmente –, recomendou-se à Agência que explicitasse tal possibilidade, avaliando eventuais impactos da prática.</p> <p>Alternativamente, se o objetivo da Agência é tão-somente inibir a prática de “venda de bandeira”, sem afetar os contratos de afretamento a tempo e a viagem, o parecer recomenda à Antaq definir explicitamente na RN Antaq 18/2017 o que é venda de bandeira para, então, estabelecer multa por essa prática.</p>
<p>SEAE avalia impacto concorrencial de proposta de Resolução da ANS sobre regras na estipulação de contratos entre planos de saúde e prestadores de serviços hospitalares.</p> <p>A SEAE elaborou parecer de contribuição à Consulta Pública nº 76/2019, de 1º de novembro de 2019, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com proposta de Resolução Normativa que “dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde e dá outras providências”; e de Instrução Normativa que “regulamenta o tratamento dispensado às reclamações, solicitações de providências ou petições assemelhadas, doravante denominadas demandas, que, por meio de canal disponibilizado a prestadores e operadoras no endereço eletrônico da ANS na internet (www.ans.gov.br), forem recebidas pela DIDES, relacionadas à Lei 13.003/14. (Processo SEI nº 10099.100605/2019-20)</p>



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Nos termos do parecer da SEAE, foi destacado que o CADE já se manifestou em processos sancionatórios sobre problemas concorrenciais acerca do uso de tabelas privadas como base para o preço cobrado, pelos prestadores, às operadoras de planos de saúde privados para produtos médico-hospitalares, na qual identifica duas distorções geradas pelas tabelas SIMPRO e BRASÍNDICE: quanto ao preço teto e quanto à ação coordenada de produtores que poderiam inflar artificialmente seus preços nessas tabelas.

A SEAE aponta que a utilização dos preços máximos estipulados pelos hospitais provoca distorções na concorrência do mercado de medicamentos de uso hospitalar, uma vez que eles tendem a dar preferência aos medicamentos que oferecem maior margem de desconto, e não necessariamente aos medicamentos oferecidos pelo menor preço ofertado, pois repassam o custo dos medicamentos aos planos de saúde com o sobrepreço embutido e, quanto maior o sobrepreço (diferença absoluta entre o preço-teto e o preço de mercado), maior é o lucro do hospital com a operação; o que aumenta os custos das operadoras de planos de saúde, para prejuízo de clientes desses planos.

A SEAE acrescenta, ainda, que as distorções entre o preço teto e o preço de mercado têm como uma das causas a inexistência de previsão legal para revisão dos preços de medicamentos estabelecidos pela CMED. Neste ponto, sobre a análise de impacto regulatório realizada, sugere que sejam revisitadas as alternativas sobre a previsão para adotar tabelas privadas como parâmetro de valor a ser cobrado pelos hospitais às operadoras de planos de saúde.

Finalmente, a Secretaria recomenda a inclusão de novo parágrafo ao Art. 9º no texto em consulta pública, permitindo o uso de tabelas de preço individuais e negociadas pelas partes, ressaltando-se que, no que concerne aos medicamentos, devem ser observadas as normas da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos.

NOTÍCIAS DA SUPERINTENDÊNCIA – DEE - PROCURADORIA

DEE oferece contribuição à discussão na ANS sobre estrutura e precificação de contratos entre hospitais e planos de saúde

O Departamento de Estudos Econômicos do CADE - DEE/CADE – apresentou parecer no âmbito da Consulta Pública n. 76. de 1º de novembro de 2019, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com proposta de Resolução Normativa que “dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde e dá outras providências”; e de Instrução Normativa que “regulamenta o tratamento dispensado às reclamações, solicitações de providências ou petições assemelhadas, doravante denominadas demandas, que, por meio de canal disponibilizado a prestadores e operadoras no endereço eletrônico da ANS na internet (www.ans.gov.br), forem recebidas pela DIDES, relacionadas à Lei 13.003/14. (Processo SEI-ANS nº: 33910.030767/2018-97 e Processo SEI-CADE nº 08700.005603/2018-50)

Segundo o exame de impacto concorrencial das propostas regulamentadoras, o DEE considerou necessária a reforma de algumas disposições que permitiriam aos agentes contratantes a possibilidade de pactuarem acordos comerciais em condições que poderiam ensejar conluio ou uniformização de preços.

Em breve síntese, o DEE sugeriu: (i) a exclusão do art. 4º da resolução normativa proposta pela ANS; (ii) a alteração da dicção dos arts. 8º e 9º da RN, para deixar claro que prestadores não podem combinar preços entre si, nem mesmo via uso de tabelas de valores referenciais, conforme jurisprudência do CADE; (iii) a alteração dos artigos 15, 16 e 17 para que se reavalie o uso de um reajuste imposto pela Agência, nos moldes como hoje é realizado, sem que se crie um problema derivado de ponto focal e de indexação indesejável da economia e (iv) a exclusão do art. 18, I, da RN proposta, para permitir que preços possam variar para baixo.

O DEE/CADE, por fim apresentou uma proposta de acréscimo ao texto sob consulta pública, para incluir um capítulo ou artigo prevendo a possibilidade da operadora de plano de saúde comprar diretamente materiais hospitalares que seriam utilizados pelos hospitais, em lugar do regime atual que torna a compra uma prerrogativa exclusiva do prestador de serviços hospitalares.

Superintendência-Geral arquiva investigação preliminar contra Banco do Brasil em serviços de recuperação de ativos

A Superintendência-Geral arquivou o Procedimento Preparatório nº 08700.000956/2019-44, que analisou representação da Atual Assessoria de Cobrança Ltda e Associação Nacional das Empresas de Recuperação de Crédito (ASERC) em desfavor do Banco do Brasil (“BB”) e da Banco do Brasil Tecnologia e Serviços (BBTS) S.A, sua subsidiária, em que alegou que o Banco estaria abusando do seu poder econômico, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, ao concentrar a execução dos serviços de cobrança administrativa do BB em uma única empresa, recusando serviços de concorrentes.

Segundo as Representantes, a contratação direta e exclusiva da BBTS para a execução do serviço de cobrança extrajudicial de créditos inadimplentes do BB, em detrimento do processo de credenciamento, que vinha sendo realizado desde 2010, configuraria prática incompatível com a livre concorrência, além de impedir a contratação de 117 empresas que já prestavam tal serviço ao banco. Na visão das Representantes, a medida objetivaria a monopolização do mercado de cobrança extrajudicial de créditos inadimplentes (mercado à jusante), pela BBTS, empresa pertencente ao conglomerado do BB, por meio da posição dominante do BB no mercado de crédito bancário (mercado à montante).

Segundo parecer da SG, a cobrança de créditos inadimplentes de instituições financeiras pode seguir modelo verticalizado, realizada pela própria instituição, ou descentralizado, na qual empresas especializadas são contratadas para desempenhar tais serviços. O Banco do Brasil adotava o modelo descentralizado, por meio de empresas terceirizadas.

A princípio, as atividades das empresas de cobrança extrajudicial de créditos inadimplentes não estão limitadas a créditos inadimplentes de instituições financeiras, podendo ser de lojas de varejo, prestadores de serviços, concessionárias de serviços públicos, entre outros ramos de atividades. Em outras palavras, qualquer empresa detentora de posição credora poderia contratar empresa especializada em cobrança extrajudicial para recuperar os seus créditos em atraso. Deste modo, o Banco do Brasil, assim como, outras instituições bancárias, são uma parte de um grande segmento de demandantes.

O Banco do Brasil detém aproximadamente 21,5% de participação no mercado de gestão de créditos inadimplentes detidos pelas instituições financeiras (mercado à montante). Segundo a SG, um aspecto que reforça a incapacidade de fechamento do mercado à jusante por parte do BB é que, ainda que o banco deixe de realizar a contratação de empresas especializadas na cobrança extrajudicial de créditos inadimplentes, há inúmeras instituições financeiras com carteiras de créditos vencidos que continuariam a demandar os serviços de cobrança destas empresas.

Outra conduta analisada nos autos era derivada da denúncia, feita pela ASERC, quanto aos preços que a BBTS passou a praticar para o BB, algo que seria demonstração de preço predatório.

Ao avaliar o novo regime verticalizado de serviços do BB com a BBTS, a Superintendência considerou haver justificativa econômica. A mudança da sistemática de comissionamento e contratação tende a reforçar a eficiência do modelo de *success fee*, na medida em que gera maiores incentivos para que as empresas prestadoras de serviços de cobrança extrajudicial invistam nos seus próprios serviços de cobrança junto aos clientes.

Superintendência arquiva denúncia contra a Unimed Natal

A Superintendência arquivou o Inquérito Administrativo nº 08700.006003/2017-28, instaurado a partir de denúncia feita por médico cooperado da Unimed Natal ao Ministério Público do Rio Grande do Norte (“MP/RN”), na qual se alegou prática discriminatória na concessão de descontos para aplicação de quimioterapia, bem como a recusa da Unimed Natal em aceitar proposta do médico denunciante para prestação de serviços, a qual conteria preços com 30% (trinta por cento) de desconto sobre a tabela Brasíndice.

Na instrução realizada pela SG constatou-se que a Unimed Natal mantém rede credenciada na área de oncologia com diversos agentes econômicos, fato este que,

Superintendência instaura inquérito administrativo por suposta coordenação entre GOL e LATAM no plano de recuperação da AVIANCA

Com base em investigação preliminar, a Superintendência-Geral decidiu converter, em Inquérito Administrativo, o Procedimento Preparatório nº 08700.002069/2019-19, aberto com o objetivo de analisar possíveis efeitos deletérios ao ambiente concorrencial derivado do processo de recuperação judicial da Avianca, que poderiam advir da distribuição de *slots* da Avianca às empresas LATAM e GOL.

Resultados das diligências realizadas pela SG indicaram fatos de uma suposta prática anticompetitiva adotada por parte das empresas aéreas Gol Linhas Aéreas Inteligentes e Latam Airlines Brasil.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

<p>segundo o parecer, relativiza uma suposta ilicitude concorrencial de uma recusa da Cooperativa em ampliar sua rede credenciada.</p> <p>A Superintendência corrobora dados apresentados nos autos no sentido de que a recusa da Representada não se deu de forma imotivada, mas embasada em parecer de sua área técnica, bem como em atos normativos expedidos pela Cooperativa, os quais definiram uma moratória para a admissão de novos prestadores de serviços, em razão de avaliação interna de que contaria com suficiente quantidade de pessoas jurídicas credenciadas.</p> <p>Ato contínuo, a SG concluiu seu parecer indicando que as respostas fornecidas por todas as operadoras de planos de saúde oficiais atestariam a inexistência de dificuldades de formação de rede credenciada em oncologia por parte de operadoras de planos de saúde concorrentes da Unimed Natal.</p>	<p>Dentre os fatos apurados, a SG destaca que as respostas das empresas Avianca, Azul, Gol e Latam, em conjunto com preocupações concorrenciais suscitadas pelo DEE em suas Notas Técnicas sobre o tema, permitiram supor que pode ter havido uma conduta comercial concertada (ou uniforme) no leilão de recuperação judicial da Avianca, com a possível consequência de manter participação de mercado das duas companhias aéreas na ponte-aérea Rio-São Paulo, minimizar o prejuízo do fundo credor da Avianca e afastar a concorrência da empresa Azul, e de outras possíveis interessadas, em um dos certames privados de maior interesse comercial no setor aéreo nacional.</p>
<p>Superintendência instaura Inquérito Administrativo no mercado de vendas online de passagens de ônibus</p> <p>Com base em representação da Guichê Virtual Serviços de Internet, a Superintendência-Geral instaurou o Inquérito Administrativo nº 08700.004318/2018-11, para verificar se as empresas Bus Serviços De Agendamento S.A., J3 Participações Ltda., RJ Participações S.A. e Bematech S.A., estão adotando práticas restritivas no mercado de vendas online de passagens, com o intuito de promover fechamento de mercado para plataformas <i>online</i> concorrentes, consistentes (i) na imposição de exclusividades abusivas, (ii) na recusa de contratar e (iii) na criação de barreiras e dificuldades à atuação de concorrentes.</p> <p>Segundo Nota Técnica de instauração, as vendas online de passagens de ônibus ocorrem por meio de dois canais: (i) vendas de terceiros, em plataformas na modalidade <i>marketplace</i>; e (ii) vendas diretas, realizadas pelas próprias viagens em websites próprios (também denominadas plataformas dedicadas).</p> <p>As operadoras online operam com empresas integradoras, intermediárias entre plataformas de vendas e companhias de viagens, possibilitando (i) às plataformas, na modalidade <i>marketplace</i>, acessar o conteúdo de vendas das principais empresas de ônibus, e (ii) às viagens, conectar-se com diversos canais de venda, tais como <i>marketplace</i>, agências de turismo, etc. No contexto do mercado, a ClickBus/Bus Serviços atua como plataforma <i>marketplace</i> e integradora, enquanto a RJ e a Bematech são desenvolvedoras e provedoras de <i>softwares</i>.</p> <p>A SG concluiu, na investigação preliminar, que as Representadas detêm posição dominante em seus mercados relevantes. Ainda, haveria vários elementos nos autos que permitiriam reconhecer a prática da J3/Bus Serviços em firmar acordos de exclusividade junto a plataformas <i>marketplace</i> e a viagens. Uma vez confirmada a materialidade da conduta, o próximo passo na investigação será avaliar os potenciais efeitos de tal prática no ambiente concorrencial.</p> <p>Ainda em sede de procedimento preparatório, a SG reuniu elementos que permitiram concluir que a J3/Bus Serviços efetivamente rescindiu o contrato mantido até então com a Guichê Virtual, deixando de prestar seus serviços de integração à referida plataforma. Tal ato caracterizaria uma forma de recusa de contratar, que será avaliada no contexto de sua razoabilidade. Assinalou a SG que a Representante trouxe aos autos ao menos duas situações em que viagens terminaram o contrato com a Guichê Virtual, tendo mencionado expressamente que a decisão motivadora estava relacionada ao contrato de exclusividade firmado com a J3/Bus Serviços em troca de benefícios relacionados ao uso e manutenção do software da RJ.</p> <p>Finalmente, o parecer destaca informação prestada por empresa de viagem que menciona que a exclusividade com a J3/Bus Serviços foi discutida com o fornecedor de <i>software</i>, o que seria um indicativo de atuação de modo coordenado entre Bus Serviços e as empresas RJ e Bematech.</p>	<p>Superintendência instaura procedimento preparatório a partir de representação da Mediphacos contra Novartis e Ebserh</p> <p>A Mediphacos Indústrias Médicas S/A apresentou representação com pedido de medida preventiva contra Novartis Biociências S/A e a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – Ebserh, por alegada ingerência e dominação de mercado da Novartis em contratações privadas e públicas de aparelhos facoemulsificadores e no mercado de insumos para cirurgia de catarata. A Superintendência recebeu a denúncia e instaurou averiguação nos autos do Processo nº 08700.002164/2019-12.</p> <p>Conforme termos da representação, a Novartis estaria realizando venda casada em que ofereceriam, em comodato, equipamentos facoemulsificadores em troca da compra de insumos.</p> <p>Assinala a denunciante que, nas licitações públicas da Ebserh, seriam inúmeros os exemplos de editais em que há exigência de cessão gratuita de equipamento vinculada a lotes, nos quais são inseridos itens que não possuem nenhuma vinculação técnica com o aparelho cedido em comodato. Este fato culminaria no envolvimento da Ebserh no polo passivo da investigação.</p> <p>Conclui a denunciante que, para fazer frente à Representada Novartis, por exemplo, a estreatante no mercado deverá negociar nos mesmos termos dela, ou seja, ter capacidade de entregar um bem de alto preço, embutindo o seu preço em insumos a serem consumidos de forma casada, desviando a finalidade da licitação.</p>
<p>Superintendência amplia conceito de controle por fundos de investimentos</p> <p>A Superintendência-Geral decidiu pelo conhecimento e aprovação do Ato de concentração nº 08700.000180/2020-04, que tratou da aquisição, pelo Fundo Siros FIA IE de 7,66% do capital social da Kepler Weber. Após a operação, o Grupo Tarpon (via fundos sob sua gestão) será titular de ações representativas de 25,56% do capital social da Empresa Alvo.</p> <p>A Kepler Weber obteve faturamento superior a R\$ 75 milhões, mas abaixo de R\$ 750 milhões, no Brasil. Sendo assim, o conhecimento da operação dependia da consideração do Grupo Tarpon como controlador do Fundo Siros, de forma que seria preenchido o critério superior de faturamento para submissão obrigatória ao CADE.</p> <p>Ao avaliar a operação, a Superintendência considerou válidos os argumentos das Requerentes, que pediram o conhecimento da operação pois, não obstante a ausência de quotistas com pelo menos 50% das quotas do referido fundo, a Tarpon Gestora de Recursos S.A. possuiria amplos poderes sobre todas as decisões comerciais do Fundo comprador. A Superintendência abordou os diferentes poderes conferidos à gestora do Fundo, que sobreporiam a atuação dos demais quotistas na gestão comercial da Siros FIA IE. É de se notar que esta interpretação amplia a configuração de controle por fundos para fins de notificação de atos de concentração.</p> <p>Ao se considerar o Siros FIA IE parte do Grupo Tarpon, constatou-se a existência de um outro grupo envolvido na Operação, cujo faturamento ultrapassa o valor de R\$ 750 milhões no Brasil, em 2018, motivando, portanto, o conhecimento da Operação.</p>	

TRIBUNAL DO CADE

<p>CADE nega recurso da Prosegur e determina notificação de ato de concentração</p> <p>O Tribunal do CADE, por unanimidade, acolheu voto da Conselheira Paula Azevedo que negou provimento ao recurso administrativo nos autos do Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração nº 08700.005079/2019-06, determinando que a Prosegur submeta, para análise da autarquia, a operação</p>	<p>CADE condena empresa que não havia sido investigada por cartel de aquecedores solares</p> <p>O Tribunal do CADE acolheu, por maioria, voto do conselheiro Sérgio Costa Ravagnani nos autos do Processo Administrativo nº 08700.005615/2016-12, aberto por decisão proferida pelo Tribunal do CADE na 73ª Sessão Ordinária de Julgamento,</p>
---	--



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

envolvendo a aquisição de controle da empresa Sacel - Serviços de Vigilância e Transporte de Valores.

A conselheira relatora reconheceu que o ato de concentração não se enquadra nos critérios de faturamento de notificação obrigatória previstos na Lei 12.529/2011. Todavia, há elementos iniciais que indicam que a operação no mercado de transporte e custódia de valores no estado de Sergipe pode ter gerado monopólio do mercado em favor da Prosegur.

Azevedo assinalou o entendimento da Superintendência-Geral de que o ato de concentração Prosegur/Sacel se insere em um contexto relacionado ao recente movimento de concentrações no mercado brasileiro de transporte e custódia de valores, no qual sucessivas aquisições de concorrentes regionais, realizadas por empresas de atuação nacional, têm gerado preocupações significativas.

As empresas terão prazo de 30 dias, contados da publicação da decisão, para que o ato de concentração seja notificado à autarquia.

para apurar a participação da empresa Wendliz Bernardo ME (atualmente denominada WBS Energia Eireli EPP) no cartel em licitações no mercado de kits de aquecedores solares para habitações de baixa renda construídas pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano ("CDHU") do estado de São Paulo.

No primeiro julgamento, o Tribunal condenou seis empresas por formação de cartel no mercado de aquecedores solares. As multas somaram R\$ 21,4 milhões (PA 08012.001273/2010-24).

Os ilícitos ocorreram em dois pregões presenciais, realizados em 2009 e 2010. O relator aponta que diversas evidências de formação de cartel foram colhidas ao longo da análise do processo. Entre elas, lances idênticos, ausência de concorrência na segunda fase do pregão presencial, divisão dos lotes e subcontratação de uma participante por outra. E, em razão, das coincidências verificadas nos autos, o Tribunal considerou que a empresa Wendliz também deveria ter sido objeto de investigação. Razão por que, foi aberto um processo específico para permitir à empresa a produção de defesa.

O relator seguiu as opiniões da SG, ProCADE e MPF pela materialidade da conduta e participação ativa da empresa representada Wendliz. Destacou, como provas, as informações colhidas no processo original. Como resultado de sua análise, votou pela condenação a empresa e aplicação e multa no montante de R\$ 802 mil.

Em votação, divergiu a conselheira Lenisa Prado, que levantou dúvidas quanto a aplicação de prescrição ao caso em face da extensão da investigação sobre o mesmo conjunto de provas. Criticou o fato da Superintendência-Geral não ter produzido nenhum conjunto novo acusatório. Finalmente, levou em consideração o fato de que a empresa Wendliz era fornecedora de serviços, e não fabricante, como as demais empresas condenadas. A proximidade de preços derivaria da margem reduzida com os fabricantes. Restou vencida.

Os demais conselheiros e o Presidente seguiram o relator.

CADE declara que o MPF não tem legitimidade para recorrer em atos de concentração

O Tribunal do CADE acolheu por maioria, vencido o Presidente, seguiu voto do Conselheiro Luiz Hoffmann pelo não conhecimento de recurso do Ministério Público Federal (MPF) contra decisão da Superintendência-Geral que aprovou o ato de concentração envolvendo as empresas Boeing e Embraer.

Em seu voto Hoffmann concluiu que o "parquet federal" não tem legitimidade para recorrer de decisão do CADE no âmbito de atos de concentração à luz da legislação aplicável. Destacou que, na criação da lei atual, houve a expressa deliberação do Poder Legislativo quanto à vedação da participação do Ministério Público Federal em casos de atos de concentração. Tal fato estaria em consonância com os dispositivos constitucionais apontados e também com a Lei Complementar 75/1993, uma vez que não lhe foi atribuída a função de atuar em casos de atos de concentração, a teor do inciso IX, art. 129 da Constituição Federal.

Hoffmann considerou, ainda, ter havido erro da composição anterior do CADE ao celebrar uma Resolução conjunta com o MPF estabelecendo a previsão do recurso que ora se comenta. Neste ponto, o voto do Presidente foi a única divergência na votação. Barreto considerou haver possibilidade de interpretação no sentido da legitimidade do MPF e ponderou o fato que a solidificação de tal permissão em Resolução mostra que a composição anterior do CADE se debruçou sobre o tema, não devendo ser revista tal resolução sem risco de insegurança jurídica.

Por maioria, CADE aprova Brink's-Tecnoguarda mediante ACC comportamental

O Tribunal do CADE acolheu, por maioria, voto do Conselheiro Maurício Maia nos autos do Ato de Concentração nº 08700.001692/2019-46, determinando a aprovação da aquisição da Tecnoguarda pela Brink's, mediante cumprimento de Acordo em Controle de Concentração (ACC) que determina à Brink's, entre outras obrigações, não comprar outras empresas que ofertem serviços de transporte de valores no Brasil pelos próximos três anos. Além disso, pelos dois anos seguintes, quaisquer novas aquisições deverão ser comunicadas ao CADE.

Maurício Maia votou no sentido que o ato de Concentração gera preocupações concorrenciais, principalmente no estado do Mato Grosso, no qual a Brink's já possui expressiva atuação no mercado de transporte de valores. Apontou que o mercado mato-grossense possui boas condições de entrada e, apesar da pouca rivalidade verificada pela instrução da SG, seria admissível supor que o impedimento de novas aquisições pela Brink's permitiria o crescimento de rivais e mesmo a entrada de novos competidores no mercado local. O relator salientou que se utilizou do remédio no AC Prosegur-Transvip e ampliou para três anos a vedação de novas aquisições.

Seu voto foi contrastado pelo de Paula Azevedo que, em linha com os dados de mercado apurados pela SG e, ainda com as informações preocupantes trazidas pela Tecban quanto a uma divisão de mercado e risco de coordenação, apontou que um remédio comportamental não seria suficiente para prevenir os efeitos deletérios da operação. Para Azevedo, o comportamento do mercado mostra não haver estímulo à entrada de novos concorrentes e que o único incumbente rival está concentrado na região norte do Estado, permitindo uma redução não trivial do número de agentes das demais unidades do Estado. Por tais fatores votou pela reprovação do ato de concentração. Seu voto foi seguido por Lenisa Prado.

Ravagnani também discordou da aprovação mediante o ACC aventado por Maia, mas considerou haver espaço para desinvestimento de ativos e contratos no Estado de Mato Grosso como restrição à operação.

O conselheiro Hoffmann declarou-se impedido e o conselheiro Braidto votou com o relator. No cômputo, três votos rejeitavam o ACC. A maioria foi formada com o voto de qualidade do Presidente, que votou com o relator e desempatou a decisão pela aprovação mediante o ACC.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

ARTIGOS

REQUERIMENTO DE SUBMISSÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO FORA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI 12.529/2011:

JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Thales de Melo e Lemos 1

Felipe Fernandes Reis 2

A Lei nº 12.529/2011, ou Lei de Defesa da Concorrência, estabelece critérios de faturamento objetivos para que a realização de atos de concentração econômica seja de submissão obrigatória ao crivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

No entanto, há uma exceção no artigo 88, §7º da referida Lei: no prazo de um ano, a contar da data da respectiva consumação, o CADE poderá requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrem nos critérios legais. Este mecanismo foi regulado pela Resolução do CADE nº 24/2019, que estabelece que a possibilidade de instauração de um procedimento administrativo para apuração de ato de concentração (“APAC”) com este objeto.

A faculdade foi utilizada pelo CADE em apenas quatro casos, em um universo de 3.034 operações analisadas desde que a Lei nº 12.529/2011 entrou em vigor³. Este trabalho analisa brevemente, com base em documentos e informações públicos: (i) como o CADE obteve conhecimento de cada operação; (ii) o que levou à determinação de notificação em cada ocasião; e (iii) qual foi o desfecho em cada caso. Com isso, espera-se contribuir para maior segurança jurídica na utilização deste mecanismo. Em dois dos quatro casos – *SM/All Chemistry* e *Guerbert/Mallinckrodt*, o CADE recebeu informações sobre as operações por meio de denúncias de que elas estariam gerando elevadas concentrações ou prejuízos à livre concorrência. No caso *Prosegur/Sacel*, o CADE obteve a informação indiretamente, em outro ato de concentração envolvendo a Prosegur, quando uma empresa atuando como terceira interessada apresentou linha temporal de atos de concentração ocorridos no mesmo setor nos anos anteriores. Já o caso *Greca/Betunel/Centro Oeste* foi notificado *ad cautelam* pelas empresas envolvidas, que buscaram “conceder maior segurança jurídica” à operação pretendida em razão da proximidade dos faturamentos das partes em relação aos critérios legais e da participação de mercado que seria atingida. A SG conheceu deste caso, ao contrário de outros em situação similar, porque entendeu que a operação ensejaria “análises concorrenciais não triviais”, sendo relevante avaliar potenciais efeitos anticompetitivos⁴.

Nos três casos não notificados espontaneamente, a SG complementou a análise preliminar, antes de determinar a notificação, por meio da instauração de APACs e solicitações de informações adicionais às partes. No caso *Greca/Betunel/Centro Oeste* a SG procedeu com a instrução tradicional de atos de concentração sujeitos ao Rito Ordinário, oficiando concorrentes para construir a estrutura de mercado.

Em todos os casos em que houve determinação de notificação – ou, no caso *Greca/Betunel/Centro Oeste*, conhecimento mesmo sem o preenchimento dos critérios de faturamento, é possível notar que o fio condutor foi a preocupação do CADE com elevadas participações de mercado.

Na ocasião mais recente, referente à aquisição do controle da Sacel pela Prosegur, a SG verificou que a operação pode ter levado a adquirente a atingir mais de 90% de participação no mercado de transporte e custódia de valores no estado de Sergipe. Para além disso, a SG alegou a existência de um “movimento de concentração” nacional no setor, bem como frequentes referências, por clientes, à ausência de rivalidade ou mesmo existência de coordenação no mercado. A Prosegur recorreu, mas o Tribunal do CADE manteve a determinação da SG por unanimidade. Segundo a Conselheira Relatora, o CADE tem feito uso de tal competência de maneira “excepcional e cautelosa”. No entanto, os níveis de concentração verificados seriam suficientes para apontar altos riscos de efeitos anticompetitivos, mesmo que a Prosegur tenha alegado justificativas econômicas para o ato de concentração.

Em relação à aquisição da totalidade do capital da All Chemistry pela SM Empreendimentos, a SG considerou (i) o histórico de aquisições envolvendo o grupo controlador da empresa adquirente e que não foram submetidas ao escrutínio da autoridade concorrencial por não preenchimento dos critérios de faturamento; e (ii) diversas denúncias que, desde 2012, apontavam problemas concorrenciais decorrentes de tais aquisições. O CADE vinha arquivando tais procedimentos considerando apenas o critério de faturamento, ainda que diante de “*um possível efeito concentracionista que pode ser atrelado a estes atos*”⁵.

Diante da sexta denúncia, envolvendo a aquisição da All Chemistry, a SG decidiu instaurar APAC e, após coletar informações acerca do mercado afetado e sua dinâmica competitiva, requisitou a submissão. No entendimento da SG, a SM já detinha relevante participação no segmento de distribuição de insumos para farmácias de manipulação e, com a aquisição, essa participação poderia superar 60%, além de representar menos um concorrente. A SG ainda considerou que a submissão permitiria delimitar o mercado relevante, através de uma análise mais aprofundada, de forma a compreender os impactos gerados pelas demais aquisições. As empresas recorreram ao Tribunal do CADE, que negou o recurso.

No caso que envolveu a aquisição da divisão de meios de contraste e sistemas de injeção da Mallinckrodt pela Guerbet, a SG constatou que a operação poderia gerar concentração de até dois terços dos mercados, sendo necessária uma avaliação pormenorizada dos prováveis efeitos da operação, bem como controle de possíveis danos ao ambiente concorrencial, incluindo possíveis aumentos dos custos para *players* privados e da esfera pública (SUS).

Por fim, no ato de concentração referente à formação da *joint venture* os Grupos *Greca/Betunel/Centro Oeste*, a SG, ao verificar que a operação envolvia a concentração horizontal e vertical entre três agentes com consideráveis participações nos mercados afetados, decidiu conhecer a operação.

Com exceção do caso *Prosegur/Sacel*, que ainda está sob análise, os demais atos de concentração já foram aprovados pelo CADE. No caso *SM/All Chemistry* a aprovação foi condicionada à celebração de um Acordo em Controle de Concentrações, no qual a SM se comprometeu a: (i) não adquirir, incorporar e/ou fundir com outras empresas do mercado nos dois anos seguintes; e (ii) nos dois anos subsequentes a esse prazo, submeter previamente todas as operações dessa natureza, ainda que não preenchidos os critérios de faturamento. Os demais foram aprovados após a constatação de elementos de rivalidade e/ou eficiências que foram capazes de afastar as preocupações concorrenciais. Mesmo nestes casos, a análise demandou em média 177 dias desde a notificação formal⁶, isso sem contar o período de duração dos respectivos APACs.

A despeito de a faculdade aqui analisada ter sido usada cautelosamente pelo CADE, e de ainda não ter ocorrido reprovação ou determinação de desfazimento em casos fora dos critérios legais, o fato de já terem sido aplicados remédios, bem como a própria existência deste mecanismo, exigem que o chamado “risco concorrencial” – incluindo fatores como precificação de ativos, expectativas de *timing* e existência de *break up fees* – seja avaliado em operações mais sensíveis, ainda que não preenchidos os critérios de faturamento. Isso é especialmente relevante para operações que gerem altas participações conjuntas de mercado ou quando é possível antecipar manifestações contrárias junto ao CADE – especialmente por parte de clientes, fornecedores ou concorrentes.

NOTAS:

¹ Advogado da área de Direito Concorrencial do Cescon, Barriou, Flesch & Barreto Advogados.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

² Advogado, Coordenador da área de Direito Concorrencial do Malard Advogados Associados.

³ Conforme dados fornecidos no APAC nº 08700.005079/2019-06, julgado em 11/02/2020.

⁴ AC nº 08700.005972/2018-42 e 08700.005959/2016-21; APAC nº 08700.005079/2019-06; e AC nº 08700.006497/2014-06, respectivamente.

⁵ A SG mencionou 6 (seis) operações no período entre 2010 e 2018 envolvendo o grupo econômico da SM Empreendimentos no “ramo de distribuição de insumos para farmácias de manipulação”.

⁶ *SM/All Chemistry*: 165 dias; *Guerbert/Mallinckrodt*: 294 dias; e *Greca/Betunel/Centro Oeste*: 73 dias.

EDITORIAL

O Boletim de Jurisprudência é uma compilação de decisões identificadas por seus membros para registro de notícias, eventos e decisões administrativas e judiciais ligadas ao sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A publicação é mensal e está a cargo da Subcomissão de Assuntos Legislativos da CDcoabdf. Os resumos são baseados nas versões públicas de documentos oficiais e não refletem a posição particular dos membros da Comissão.

Editores:

Maurílio Monteiro de Abreu

Ludmylla Scalia Lima

Thales de Melo e Lemos

Renata Foizer S. Manzoni

Fabio Malatesta dos Santos

Felipe Fernandes Reis

Dúvidas e sugestões podem ser enviadas para o e-mail: mma@ajdc.com.br (Maurílio Abreu)

Acompanhe-nos no Instagram #cdcoabdf

Boletim de julgados do SBDC - edição 3 - janeiro-fevereiro/2020