

RADAR STOCHE FORBES - ANTITRUSTE

Março 2021

Esta edição traz as principais decisões do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e outros destaques do último mês em matéria antitruste.

Principais decisões do CADE

Tribunal do CADE aprova operação de planos de saúde, apesar de recomendação de reprovação pela SG-CADE

Na 172ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 24.02.2021, o Tribunal do CADE aprovou transferência de ativos entre operadoras de planos de saúde, mediante celebração de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC).

A operação envolvia a transferência de carteira de contratos de cobertura de serviços de assistência à saúde com beneficiários de planos médico-hospitalares, além de imóvel e equipamentos de uma clínica médica, entre dois importantes *players* no setor de saúde suplementar.

Em seu parecer sobre o caso, a Superintendência-Geral do CADE SG-CADE recomendou a reprovação da operação, por entender que a transferência de ativos fortaleceria a posição no mercado da operadora de planos de saúde adquirente a tal ponto que não existiriam medidas capazes de neutralizar o risco de exercício abusivo de poder de mercado por ela.

Com essa recomendação de condenação, o caso foi remetido ao Tribunal do CADE. No Tribunal, o Conselheiro Luis Braido ficou responsável pela relatoria do caso e, após analisá-lo, concluiu que o principal ponto de atenção seria a concentração de mercado em planos de saúde médico-hospitalares individuais ou familiares e de planos coletivos empresariais em Sergipe. Além disso, a possibilidade de entrada de novos *players* e a rivalidade remanescente no mercado não seriam suficientes para mitigar os riscos decorrentes da operação. Não obstante, ao contrário da SG-CADE, o Conselheiro-Relator, no que foi acompanhado pela unanimidade do Tribunal, concluiu ser possível estabelecer medidas e compromissos que mitigassem os riscos concorrenciais, sem comprometer a implementação do negócio. Tais medidas e compromissos incluem:

- a alienação de carteiras de beneficiários de planos de saúde médico-hospitalares individual ou familiar e coletivos em Aracajú, nos limites fixados no ACC, sendo que a venda dessas carteiras deverá ser notificada ao CADE;
- a manutenção, pela compradora, pelo período de dois anos, dos preços da sua tabela vigente para planos de saúde médico-hospitalar individuais ou familiares praticados em Aracajú. A compradora se comprometeu a apresentar ao Tribunal do CADE exemplares de folhetos promocionais, propostas comerciais ou outros documentos atualizados, que permitam a comprovação dos seguintes atributos: (i) tabela de preço segmentada por faixa etária dos beneficiários, (ii) tipo de segmentação: ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia e suas respectivas combinações; (iii) tipo de acomodação: enfermaria ou apartamento; (iv) com ou sem coparticipação; (v) área de abrangência geográfica: municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados ou nacional e (vi) atendimento prioritário em rede própria ou credenciada;
- oferecimento, pela compradora, aos beneficiários provenientes dos planos da operadora adquirida, pelo período de dois anos, da possibilidade de fazer a portabilidade para os planos de saúde individuais ou familiares correspondentes da compradora, contabilizando o período de carência já transcorrido dentro dos seus antigos contratos; e
- a obrigação de informar ao CADE, pelo prazo de três anos, quaisquer operações envolvendo o grupo econômico que caracterizem ato de concentração em quaisquer mercados de planos de saúde médico-hospitalares em Sergipe, ainda que as partes não preencham o requisito de faturamento estabelecido na Lei n.º 12.529/2011.

Para garantir a observância de todas essas obrigações, as partes se comprometeram a contratar um terceiro independente para monitorar o cumprimento do ACC e reportar ao CADE eventuais irregularidades.

Tribunal do CADE condena operador portuário por cobrança da THC2

Na 171ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada no dia 03.02.2021, o Tribunal do CADE condenou operador portuário por abuso de posição dominante na cobrança da *Terminal Handling Charge 2* (THC2), também conhecida como Serviço de Segregação e Entrega (SSE). A multa aplicada foi de R\$ 9 milhões e o CADE impôs ainda a proibição de novas cobranças da tarifa pelo operador.

Em linhas gerais, a THC2 é tarifa adicional à tarifa básica paga pelo armador (responsável pelo transporte marítimo e entrega da carga no porto de destino) ao operador portuário pelo serviço de descarga dos navios e entrega da carga no local de armazenagem. A THC2 é cobrada nos casos em que a carga será armazenada em recintos alfandegados concorrentes aos recintos do próprio operador portuário.

Antes da Resolução/ANTAQ n.º 34/2019, não havia norma expressa da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) sobre a THC2. Com a regulamentação da matéria em 2019, a cobrança dessa tarifa passou a ser expressamente autorizada pela agência reguladora.

Essas considerações sobre a regulamentação da matéria pela Antaq são importantes para entender o parecer que a SG-CADE emitiu sobre esse caso. Em seu parecer para o Tribunal do CADE, a SG-CADE recomendou a condenação do operador portuário pela cobrança do THC2 no período anterior à entrada em vigência dessa Resolução/ANTAQ n.º 34/2019.

No Tribunal do CADE, o Conselheiro Luiz Hoffmann, responsável pela relatoria do caso, concluiu que, embora não seja ilícita per se, a cobrança da THC2 pode ser anticompetitiva, a depender dos valores estabelecidos para diferentes terminais. No caso concreto, a conclusão de Hoffmann foi que a cobrança teria sido abusiva, discriminatória e representaria um aumento artificial nos custos de recintos alfandegados concorrentes que dependem necessariamente do operador portuário investigado para operar no mercado.

O Conselheiro Hoffmann foi acompanhado pela maioria dos Conselheiros do Tribunal em seu voto pela condenação do operador portuário.

Outros destaques no Brasil

CADE lança documento sobre a negociação de acordos em investigações

Na mesma 172ª Sessão Ordinária de Julgamento, do dia 24.02.2021, o CADE divulgou o resultado de um estudo sobre a negociação de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) no âmbito de investigações de condutas anticompetitivas.

A partir da análise dos 349 TCCs firmados com o CADE entre julho de 2012 e dezembro de 2019, o estudo intitulado “TCC na Lei n.º 12.529/11” (disponível [aqui](#)) apresenta as características que têm sido consideradas essenciais para que um acordo com a autarquia possa ser firmado e, com isso, resultar na suspensão e posterior arquivamento de investigações contra o signatário.

O histórico de acordos analisados demonstrou, por exemplo, que 76% dos TCCs possuem cláusula que expressamente determina a cessação da conduta investigada, sendo que, nos casos de acordos celebrados em investigações de cartel, esse percentual é de 100%.

Outro ponto considerado importante é o reconhecimento de participação do signatário na conduta investigada. Embora a confissão de culpa seja obrigatória apenas em casos de cartel, o reconhecimento expresso de envolvimento do signatário na prática sob investigação tem sido exigido na maioria dos casos: 68% dos acordos.

Note-se que a confissão de culpa perante o CADE pode ter reflexos em outras esferas, como no âmbito criminal e no âmbito civil.

Diferentemente dos dois pontos acima, o estudo indica que obrigações de desinvestimento, adoção de programas de *compliance* ou mesmo de reparação de danos decorrentes da conduta investigada ainda são raras em acordos com o CADE, representando, respectivamente, apenas 1,15%, 6% e 5% dos acordos firmados entre julho de 2012 e dezembro de 2019.

Com relação ao pagamento de contribuição pecuniária, uma das condições obrigatórias para TCC em casos de cartel, o estudo indica preferência do CADE pelo pagamento das contribuições em parcela única, mas também certa flexibilidade para negociação de parcelamento, hipótese em que é aplicada correção monetária das parcelas por meio da taxa SELIC. O estudo mostrou, ainda, que:

- para pessoas jurídicas, se considerados apenas os acordos firmados em 2019, a média dos valores pagos foi de R\$ 18.833.942,00;

- para pessoas físicas com funções de administrador, o valor médio, para todo o período analisado, foi de 3,38% do valor da multa aplicada à pessoa jurídica, sendo que os parâmetros legais são de 0,1% a 20% do valor da multa da pessoa jurídica; e
- para outras pessoas físicas e jurídicas, o valor médio das contribuições pecuniárias, para todo o período analisado, foi de R\$ 128.728,56, sendo que os parâmetros legais são de R\$ 50 mil e R\$ 2 bilhões.

Em termos quantitativos, outra constatação feita a partir do estudo é que a maioria dos acordos firmados com o CADE se deu em casos de cartel (cerca de 65,6%) e foi negociada apenas por pessoas jurídicas (cerca de 56%), sem a participação direta de executivos e funcionários diretamente envolvidos na mesma prática. É curioso notar que, em termos de tempo de negociação, os TCCs negociados em conjunto por pessoas jurídicas e físicas tendem a ser firmados mais rapidamente (tempo médio de negociação: 405 dias) do que no caso de TCCs negociados apenas com pessoas jurídicas (tempo médio de negociação: 868,1 dias).

Emenda ao Regimento Interno do CADE provoca mudanças na estrutura organizacional da autarquia

No dia 10.02.2021, entrou em vigor a Resolução do CADE n.º 32/2021, que altera o Regimento Interno do CADE (RICADE) e prevê a criação de uma unidade de corregedoria como órgão seccional do CADE, além de uma nova Coordenação-Geral de Análise Antitruste (CGAA 10) na SG-CADE. A criação dessas novas unidades é formalizada por meio de emendas aos seguintes dispositivos do RICADE: art. 2º, inciso II; art. 9º; art. 25, § 6º; art. 198, § 4º; art. 199, caput; art. 201, inciso IV; e art. 202, inciso I.

A criação da Corregedoria do CADE foi instituída pelo Decreto n.º 10.597, de 8 de janeiro de 2021, cabendo a esta nova unidade: planejar, coordenar e

Uma possível explicação para tanto é que a participação de pessoas físicas facilita o detalhamento de informações sobre a prática investigada e a obtenção de provas.

Os dados analisados demonstram que a maioria dos TCC negociados decorre de iniciativa dos próprios investigados em procurar as autoridades e propor a negociação de um acordo. Além disso, a maioria dos acordos firmados com o CADE (65%) teve o início das negociações quando a investigação estava em trâmite na SG-CADE, sendo menos usual que a negociação tenha início quando o processo é remetido o Tribunal do CADE, para julgamento.

Ainda que haja flexibilidade nas negociações com o CADE e que os resultados do estudo “TCC na Lei n.º 12.529/11” não sejam vinculativos, a iniciativa do CADE em consolidar um documento sobre a negociação de TCCs demonstra a sua intenção em estabelecer parâmetros e condições mínimas para que a negociação de um acordo seja iniciada. Isso naturalmente contribui para a maior previsibilidade das negociações e para maior segurança jurídica para empresas e pessoas físicas que tenham a intenção de propor um acordo com o CADE.

executar atividades relacionadas ao Sistema de Correição do Poder Executivo Federal no âmbito do CADE; supervisionar as atividades e a atuação de comissões disciplinares instauradas na autarquia; e prestar informações e orientações às unidades do CADE relacionadas ao cumprimento de normas.

Por sua vez, a CGAA 10 será responsável por gerir o Programa de Leniência do CADE, assumindo a responsabilidade que anteriormente cabia à extinta chefia de gabinete da SG-CADE.

A íntegra da Resolução do CADE n.º 32/2021 está disponível [aqui](#).

CADE divulga anuário com balanço de sua atuação no ano de 2020

Na 171ª Sessão Ordinária de Julgamento do Tribunal do CADE, foi feito o lançamento da edição de 2020 do Anuário do CADE (disponível [aqui](#)). A publicação traz um panorama da atuação do CADE em defesa da concorrência no ano de 2020.

Uma das frentes de atuação do CADE é a análise de operações societárias e parcerias comerciais (fusões, aquisições, joint-ventures, consórcios, contratos associativos). De acordo com o Anuário do CADE, apesar da pandemia do Covid-19, o número de operações econômicas submetidas à aprovação da autarquia cresceu em 2020: no último ano, 471 operações foram apresentadas ao CADE, ao passo que em 2019 o número total de operações tinha sido de 442.

Ainda em relação à análise de operações, outro destaque é o número de casos analisados pela autarquia (454), que também superou o número de 2019 (433). Das 454 operações analisadas pelo CADE no último ano, 423 foram aprovadas sem restrições; 7 foram aprovadas com a imposição de restrições, mediante a celebração de um Acordo em Controle de Concentrações; e as demais não foram conhecidas ou tiveram a perda de objeto declarada. O tempo médio de análise foi de 17,5 dias para operações mais simples do ponto de vista concorrencial e de 104,1 dias para operações mais complexas.

Outra frente de atuação do CADE é a apuração e repressão de práticas anticompetitivas. Em 2020, o CADE instaurou 76 novas investigações, sendo 35 casos de investigação de cartel e 30, de condutas unilaterais; assinou 2 Acordos de Leniência; julgou 17 casos e homologou 17 Termos de Compromisso de Cessação (TCC), que resultaram no recolhimento de cerca de R\$ 280 milhões, entre multas e contribuições pecuniárias.

O Anuário do CADE também destaca os acordos de cooperação institucional celebrados pela autarquia CADE com outras autoridades (Agência Nacional de Telecomunicações, Ministério Público Federal, Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, entre outros) e as iniciativas do CADE para o enfrentamento da crise decorrente da pandemia do Covid-19, entre as quais:

- a institucionalização das sessões de julgamento por meio virtual, com transmissão pública em tempo real;
- a suspensão de prazos processuais em desfavor de investigados em processos de apuração de condutas anticompetitivas;
- a análise e elaboração de diversos estudos econômicos sobre medidas para o enfrentamento da crise, que vinham sendo propostas em nível federal, estadual e municipal;
- a instauração de investigação para apurar suspeita de prática anticompetitiva no setor de produtos médico-farmacêuticos; e
- a análise célere de iniciativa envolvendo a colaboração entre concorrentes para gerenciar a situação de crise, bem como a publicação de orientações gerais para servir como um guia para outras iniciativas de mesma natureza.

Outros destaques no mundo

Nova lei antitruste chinesa estabelece regras direcionadas a big techs

Em fevereiro de 2020, entrou em vigor a nova lei antitruste chinesa, que altera o panorama de defesa da concorrência no país e reforça as ferramentas para investigação e repressão de situações de abuso de poder de mercado por grandes empresas de tecnologia em mercados digitais.

Com a entrada em vigor da nova lei, a China se une a um grupo de outras potências mundiais, como Estados Unidos e Europa, que veem o antitruste como um mecanismo importante para o controle o poder dos grandes players em mercados digitais.

Contatos para eventuais esclarecimentos:

ANA PAULA PASCHOALINI

E-mail: apaschoalini@stoccheforbes.com.br

JULIA RAQUEL HADDAD NIEMEYER

E-mail: jniemeyer@stoccheforbes.com.br

GUSTAVO HENRIQUE KASTRUP

E-mail: gkastруп@stoccheforbes.com.br

VITOR JARDIM BARBOSA

E-mail: vbarbosa@stoccheforbes.com.br

STOCHE FORBES

ADVOGADOS

Radar Stocche Forbes - Antitruste, boletim mensal elaborado pelo Stocche Forbes Advogados que tem por objetivo informar nossos clientes e demais interessados sobre os principais desenvolvimentos normativos e jurisprudenciais na área de direito concorrencial.

Esse boletim tem caráter meramente informativo e não deve ser interpretado como um aconselhamento legal.

www.stoccheforbes.com.br