Direito Concorrencial e Contencioso

Camila Lisboa Martins

Remédios em Atos de Concentração

Com o advento da nova Lei de Defesa da Concorrência ("Lei 12.529/11"), tornou-se necessária a aprovação prévia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para a realização de determinadas operações que alterassem a estrutura dos mercados, denominadas atos de concentração[1] e que, concomitantemente, fossem realizadas entre empresas que preenchessem os critérios de faturamento previstos na Portaria Interministerial nº 994 do CADE[2].

Foi nesse contexto que a análise do CADE passou a ser mais rígida e atos de concentração mais complexos – em que era constatada a existência de sobreposição horizontal ou integração vertical e, consequentemente, exercício de poder de mercado[3] – passaram a ser investigados pormenorizadamente.

Ao constatar que a operação pode gerar problemas de ordem concorrencial, o CADE elabora testes de mercado e envia ofícios com questionamentos diversos às empresas envolvidas e demais concorrentes, podendo concluir que o mercado envolvido e os consumidores serão

[1] Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

[2] A Portaria Interministerial n. 994, de 30 de maio de 2012 (http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf), que alterou o artigo 88 da Lei do Cade, estabeleceu que serão submetidos ao CADE os atos de concentração em que: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

[3] A sobreposição horizontal acontece quando a operação envolve duas empresas que atuam no mesmo setor, como por exemplo, a aquisição de uma companhia aérea por outra. Já na integração vertical, a operação se dá entre empresas que operam em diferentes níveis da cadeia de distribuição de determinado produto ou serviço. Podemos citar como exemplo uma operação em que o fabricante de um produto adquire o distribuidor desse produto. Em ambos os casos, as empresas poderão exercer uma posição dominante no mercado, o que poderá gerar o poder de mercado (capacidade de influenciar preços).

afetados caso o ato de concentração seja aprovado. Assim, verificando a inexistência (ou insuficiência) de eficiências apresentadas pelas partes (voluntariamente ou após o pedido formal do órgão), são sugeridos "remédios" como condições para a concretização do negócio. Tais remédios também podem ser propostos de antemão pelas partes caso estas entendam que as eficiências não serão consideradas suficientes.

Há dois tipos de remédios, aqueles de natureza estrutural, em que há o desinvestimento de uma unidade total ou parcial de negócios, e aqueles de natureza comportamental, os quais se referem a restrições a determinados direitos, como o uso de determinados ativos (i.e. marcas e patentes).

Analisando a jurisprudência do CADE, encontram-se casos em que foram aplicados remédios estruturais e comportamentais, como por exemplo, os casos Sadia/Perdigão, Kroton/Anhanguera e, o mais recente, Condor/Tigre.

No caso Sadia/Perdigão[4], o CADE entendeu que a operação gerava preocupações porque as marcas das partes envolvidas eram as mais valiosas do mercado, além de o investimento em marketing ser muito maior do que o dos concorrentes. O órgão considerou que não havia, no mercado, rivais à altura de Sadia e Perdigão em nenhuma das áreas em que essas empresas atuavam, já que esses competidores não teriam capacidade ociosa, nem mesmo desvios de demanda que representassem pelo menos 10% das vendas das partes.

As eficiências apresentadas pelas partes consistiam na otimização da malha de transportes, dos processos de compras de grãos, produção e agropecuária, além de melhores práticas de especificação e comerciais e eficiência administrativa. Por não ter considerado que as eficiências apresentadas se relacionavam diretamente à operação, o CADE sugeriu remédios estruturais e comportamentais, a saber: (i) alienação da capacidade produtiva (já que as partes, por meio da operação, adquiririam capacidade extremamente alta, ao passo que seus concorrentes não possuiriam capacidade ociosa elevada), (ii) disponibilização, a terceiros, de acesso a insumos de origem animal (para atuar no mercado, as empresas deveriam ter acesso a esses insumos, já que a compra de animais não era viável), (iii) disponibilização, a terceiros, dos canais de distribuição/venda (já que o acesso a uma rede ampla e eficiente de distribuição e venda se fazia essencial para a atuação do concorrente) e (iv) cessão da totalidade das marcas da Sadia ou Perdigão (tendo em vista que a marca era uma condicionante crucial do poder de mercado). Pode-se ver que um item depende, necessariamente, do outro, o que impede a aplicação dos remédios como as requerentes apresentaram.

Após, firmou-se Termo de Compromisso de Desempenho (atualmente denominado "Acordo em Controle de Concentrações")[5] com todos os remédios sugeridos pelo CADE.

---

[4] Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, referente à incorporação das ações da Sadia S.A. pela Perdigão S.A., gerando a companhia BRF Brasil Foods S.A.

[5] O Acordo em Controle de Concentrações ("ACC"), nada mais é do que a formalização dos remédios aplicados pelo CADE para a aprovação da operação. Por meio do ACC, o CADE estabelece algumas obrigações às partes, penalidades, fiscalização, etc.

Já no caso Kroton/Anhanguera[6], o órgão antitruste entendeu que, com a concretização da operação, seria criada a maior rede de ensino privado do mundo, incluindo a eliminação de concorrentes e possíveis danos ao consumidor: parte da população poderia deixar de ter acesso à educação superior e a qualidade do ensino poderia decair.

As eficiências estavam relacionadas a ganhos de escala com o ensino à distância e renegociação de compras. O CADE argumentou que estas não teriam o condão de compensar os efeitos negativos decorrentes da operação e que poderiam ser facilmente atingidas sem a operação, por meio de crescimento orgânico. Houve dois Acordos em Controle de Concentrações ("ACC") não aceitos pelo CADE, considerados inexequíveis e insuficientes. Apenas na terceira tentativa as partes e o CADE celebraram o ACC, o qual estabelecia: (i) a alienação da Uniasselvi, o que resolvia em boa parte o problema concorrencial em âmbito nacional, já que o adquirente teria escala suficiente para rivalizar com as requerentes no mercado de EAD nacional; (ii) imposição de remédios comportamentais com relação aos problemas municipais da operação relacionados à alienação da Uniasselvi, assim, uma das requerentes ficaria impedida, durante prazo razoável, de ofertar vagas nos cursos problemáticos enquanto que a outra – a que tivesse menos participação no mercado/curso – ficaria impedida de expandir as vagas; (iii) solução de problemas de concorrência potencial, a fim de impedir que, durante o prazo de três anos, as requerentes ofertassem cursos problemáticos em diversos municípios; (iv) criação de consistentes obrigações de qualidade para assegurar que as eficiências fossem passadas aos estudantes/consumidores, incluindo: elevação do percentual de professores com formação em pós graduação stricto sensu na UNOPAR e Uniderp, incremento de ferramentas de ensino do EAD e qualificação do corpo tutorial; (v) obrigação de notificar todas as operações sobre aquisição de controle de instituições que oferecessem cursos de graduação a distância e informar as aquisições que oferecessem graduação presencial, por período de três anos; e, finalmente, (vi) a obrigação de apresentação de relatório sobre os compromissos assumidos.

No último caso, Condor/Tigre[7], o CADE verificou que as duas empresas eram os dois maiores agentes econômicos dos mercados envolvidos, sendo que a Tigre passaria a deter mais de 70% do mercado. Também se entendeu que haveria alta probabilidade de exercício de poder coordenado entre os principais agentes econômicos de dois mercados envolvidos. As partes apresentaram eficiências relacionadas à logística, economia de escala, compra de matéria-prima, manutenção fabril e tecnologia P&D e a capital de giro, as quais não foram aceitas pelo CADE. Os remédios sugeridos pelas partes na proposta de ACC foram estritamente comportamentais, ao passo que o CADE determinou que remédios estruturais seriam necessários para a aprovação da operação.

A Condor e a Tigre argumentaram que os remédios estruturais sugeridos – o desinvestimento de dois centros de distribuição na linha imobiliária, venda de ativos na linha artística e o

[6]Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12, referente à incorporação da totalidade do capital social da Anhanguera Educacional Participações S/A pela Kroton Educacional S/A.

[7] Ato de Concentração nº 08700.009988/2014-09, referente à compra da totalidade das quotas do capital da Condor Pincéis Ltda. pela Tigre S/A – Tubos e Conexões.

licenciamento compulsório da marca Condor a terceiro – não seriam viáveis por motivos como a integração da cadeia produtiva dos produtos envolvidos na operação, reforçando que os remédios comportamentais seriam suficientes. Após muitas negociações, sem conseguir chegar a um consenso, o CADE reprovou a operação.

A aprovação de atos de concentração propensos a gerar problemas de ordem antitruste está condicionada, necessariamente, à imposição de remédios que enderecem todas as preocupações concorrenciais identificadas pelo CADE, garantindo um mercado competitivo no cenário pós-operação. É por essa razão que remédios estritamente comportamentais, por serem caros e de difícil monitoramento, raramente são considerados suficientes.