

BOLETIM INFORMATIVO Nº 123

103ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE

Sessão realizada em 19 de abril de 2017. Pauta, ata e áudio da Sessão disponíveis em: www.cade.gov.br

PRINCIPAIS DESTAQUES

Indicados novos Presidente e Conselheiro do CADE.

Superintendência-Geral recomenda condenação dos Correios por condutas anticompetitivas.

Tribunal do CADE homologa TCCs em investigações de cartéis de frete aéreo e de rolos cerâmicos.

O Boletim Informativo é elaborado pela **Advocacia José Del Chiaro** e se destina aos seus clientes e indivíduos relacionados ao escritório. Interessados em maiores informações sobre os julgamentos, favor entrar em contato com nossos advogados.

São Paulo
Brasília
www.ajdc.com.br
advocacia@ajdc.com.br

A descrição dos casos reflete unicamente o entendimento da **Advocacia José Del Chiaro** a respeito.

Destques do CADE

Temer indica novos Presidente e Conselheiro do CADE

O Presidente da República Michel Temer indicou os nomes de Alexandre Barreto de Souza e Maurício Oscar Bandeira Maia para os cargos de Presidente e Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), respectivamente.

Souza era chefe de gabinete de ministro do Tribunal de Contas da União e Maia, auditor do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás.

Os candidatos serão submetidos a sabatina na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, devendo, posteriormente, ser aprovados pelo plenário da Casa.

Procuradoria do CADE edita seu Regimento Interno

A Procuradoria Federal Especializada Junto ao CADE editou seu Regimento Interno, que passa a fixar as diretrizes para a elaboração e envio de consultas jurídicas à unidade, bem como regulamenta os procedimentos relativos a processos judiciais e outras providências sobre a divisão de trabalhos e execução de decisões do CADE.

Revista do CADE recebe qualificação B1 da Qualis – CAPES

A Revista de Defesa da Concorrência, editada semestralmente pelo CADE, recebeu a qualificação “B1” no Programa Qualis, adotado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Ministério de Educação para medir a qualidade de

periódicos científicos. A classificação coloca a publicação do CADE entre os melhores periódicos jurídicos brasileiros.

Destaques do Poder Judiciário

JFDF encerra execução do CADE contra Unimed por prescrição

O Juiz Federal da 19ª Vara Federal de Brasília acolheu os embargos à execução de nº 42352-41.2010.4.01.3400, opostos pela Unimed Vale do Taquari, com pleito de reconhecimento de prescrição e imediato arquivamento da execução promovida pelo CADE sobre condenação por unimilitância.

Conforme decisão do magistrado Dr. Ricardo Castro, a hipótese da lide versa sobre o montante decorrente de multa aplicada no exercício do poder de polícia administrativa, matéria regida pelo Decreto nº 20.910/1932. A norma dispõe sobre a prescrição no prazo de 5 (cinco) anos para as causas de pretensão da Fazenda Pública contra o particular.

No caso, o termo inicial do prazo prescricional seria o dia 5 de abril de 2001, data de publicação da decisão condenatória do CADE. Por se tratar de dívida em execução de caráter não tributário, é aplicável o prazo de suspensão de até 180 (cento e oitenta) dias, contados da inscrição em dívida ativa, previsto na Lei nº 6.830/1980, art. 2º, § 3º. Em consequência, a consumação do quinquênio legal para o exercício do direito de ação executiva expiraria dia 5 de outubro de 2006, cinco anos mais cento e oitenta dias após a publicação do acórdão do CADE.

Uma vez que a execução fiscal (Processo nº 2006.34.00.032552-9) foi ajuizada pelo CADE apenas em 25 de outubro de 2006, houve o decurso do prazo prescricional. A sentença acolheu, portanto, os embargos à execução, extinguindo o processo com exame do mérito (art. 487, II, do Novo Código de Processo Civil).

Destaques da Superintendência-Geral do CADE

Superintendência recomenda condenação dos Correios por *sham litigation*, *naked restraint* e conduta discriminatória

A Superintendência-Geral do CADE emitiu parecer no Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04, recomendando a condenação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios) por infração à ordem econômica, em razão de supostas condutas de litigância abusiva (“sham litigation”), restrição pura à concorrência (“naked restraint”) e discriminação de preços e condições de contratação.

A investigação foi iniciada a partir de denúncia apresentada pelo Sindicato das Empresas de Transportes de Carga de São Paulo e Região (Setcesp). Segundo o Representante, por meio de ações judiciais repetidas e sem fundamento objetivo, os Correios estariam atuando para excluir do mercado concorrentes que atuam na entrega de outros tipos de produtos, não abarcados pelo monopólio legal de transporte de cartas conferido à empresa pela Lei Federal nº 6.538/1978 e pelo Decreto-Lei nº 509/1969. Ademais, a Setcesp afirmou que os Correios praticariam preços mais elevados a clientes que são também seus concorrentes, oferecendo modalidades contratuais discrepantes para os mesmos serviços.

Ao analisar o caso, a Superintendência-Geral entendeu que restaram configuradas condutas unilaterais anticompetitivas. O órgão avaliou os resultados de mais de 200 ações judiciais que envolviam os Correios, nas quais se discutia a extensão do monopólio estatal conferido, e observou que a empresa perdeu a maioria dos processos relacionados a produtos como boletos de tributos e faturas de água e luz. A insistência dos Correios em um grande número de ações judiciais, com fundamento único de prejudicar concorrentes, teria constituído prática de *sham litigation*, que gerou custos significativos e danos ao mercado.

Em relação a outras ações judiciais vencidas pelos Correios - relativas a outros produtos, como cartões magnéticos, talões de cheque e entregas de motofrete -, a Superintendência entendeu que embora a empresa tenha conseguido efetivar seu monopólio legal, esta não vem prestando o serviço da maneira requisitada pelos clientes, com as devidas qualidades de rastreamento, controle da entrega, previsibilidade, garantia da inviolabilidade, disponibilidade para entrega domiciliar em determinadas localidades, etc. De acordo com o parecer, tal postura contraditória resultaria em restrição pura e ilícita à concorrência, ao privar tanto os concorrentes de prestarem serviços que ela mesma não realiza, como os consumidores de obterem o serviço no mercado, de modo a configurar ilícito concorrencial denominado *naked restraint*.

Por fim, a Superintendência-Geral entendeu pela configuração de suposta prática de discriminação anticompetitiva. Segundo a nota técnica, os Correios detêm infraestrutura necessária para a operação de várias empresas concorrentes, que não conseguem atuar com a mesma capilaridade no território nacional. Não obstante, haveria indícios de que a empresa impede ou dificulta o acesso à rede por empresas concorrentes, em segmentos como comércio eletrônico e serviços ao setor financeiro.

O Processo Administrativo seguirá para análise do Tribunal do CADE. A empresa poderá ser condenada em multa de até 20% do seu faturamento bruto no ano anterior à instauração do Processo Administrativo, além de poder ser submetida a outras sanções que a autarquia entenda necessárias para sanar a infração.

Superintendência inicia investigação contra Conselhos de Técnicos de Radiologia

A Superintendência-Geral do CADE determinou a instauração do Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.001196/2017-21 para investigar denúncia apresentada pela Associação Brasileira de Radiologia Odontológica (ABRO) contra os Conselhos Nacional e Regionais de Técnicos em Radiologia por suposto “abuso do poder de fiscalização, pela divulgação de informações falsas para confundir os consumidores, bem como pela realização de abusiva pressão anticompetitiva nos órgãos legislativos”.

Segundo a ABRO, o mercado de radiografia diagnóstica por imagens abarca uma variedade ampla de profissionais e estabelecimentos igualmente capacitados e autorizados a prestar o serviço de radiodiagnóstico aos consumidores, com qualidade e diversidade competitiva. Os serviços de radiografia radiológica podem ser desempenhados tanto por técnicos em radiologia, como técnicos de radiologia bucal. Ocorre que os Conselhos Regionais de radiologia têm aplicado multas por suposta “atividade sem inscrição/registo”, ou por suposta infração de “contratação e/ou acobertamento de pessoa não habilitada para o exercício da profissão” ou “contratação e/ou acobertamento de profissional e/ou pessoa jurídica sem registro na respectiva jurisdição”. Em todas essas situações, a atividade é desempenhada por técnicos em radiologia bucal. Como estratégia complementar à

imposição de multas, os Representados recorreriam à utilização de notificações para que os estabelecimentos fiscalizados passassem a contratar, no prazo de 15 dias, técnicos em radiologia para substituir profissionais técnicos em saúde bucal que, na visão do Sistema CONTER/CRTR (Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia / Conselhos Regionais de Técnicos em Radiologia), estariam em suposto exercício ilegal de profissão.

A representação da ABRO afirma ser anticompetitivo o poder de fiscalização exercido pelo Sistema CONTER/CRTR, desconsiderando seus limites de atuação legal, que busca coibir os concorrentes de seus afiliados, numa estratégia de criação de exclusividade na oferta do serviço de radiodiagnóstico por imagens.

Superintendência nega medida preventiva contra Petrobras no mercado de gás natural

A Superintendência-Geral denegou pedido de medida preventiva solicitado pela Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (Abegás) contra a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras) no Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82.

Trata-se de Inquérito Administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, originado a partir de Representação da Abegás, a fim de investigar supostas práticas da Petrobras, consistentes no exercício abusivo de posição dominante ao criar vantagens arbitrárias para energéticos substitutos do gás natural, na discriminação entre adquirentes de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços e na recusa de contratar.

Em síntese, a Abegás alega que a Petrobras, por meio de sua política de preços e condições de contratação no mercado de distribuição e comercialização de gás natural, incorreria nas condutas com efeito anticompetitivo acima descritas, que culminaram na decisão da empresa de retirar descontos que vinham sendo concedidos de forma regular e ininterrupta, há mais de quatro anos, sobre o preço do gás natural.

Além de solicitar a imposição de sanções administrativas à Petrobras, a Abegás pleiteou a concessão de medida preventiva, para que fosse determinado que a Petrobrás retornasse a concessão dos descontos anteriormente concedidos sobre o preço dos contratos NPP[1] (Nova Política de Preços), ao patamar de maio de 2015.

Ao analisar o pedido, a Superintendência-Geral considerou que, durante o desenvolvimento da indústria mundial de gás natural, os contratos de longo prazo com cláusulas *take or pay* (ToP) e *ship or pay* (SoP) - que obrigam as distribuidoras de gás natural a remunerar um volume mínimo de gás à Petrobras, independente do consumo - difundiram-se no mercado como forma de garantir o retorno do investimento, tornando-se prática comum em indústrias incipientes para produção e fornecimento desse insumo.

Segundo o parecer, a Abegás alega que a retirada dos descontos praticados pela Petrobrás nos contratos NPP implicou no aumento do preço final do gás natural, o que teria afetado negativamente a demanda pelo insumo. Como consequência, afirma a Representante que muitas distribuidoras estariam enfrentando perdas econômicas e correriam risco de insolvência, pois estariam remunerando o fornecedor por um produto não consumido, sem que houvesse contrapartida de pagamento dos clientes.

Todavia, a instrução realizada pela Superintendência-Geral revelou que, a partir de setembro de 2015, observou-se uma tendência de queda no preço praticado no âmbito dos contratos NPP, uma vez que o

preço do gás natural fornecido pela Petrobras é atrelado ao valor do barril de petróleo no mercado internacional, o qual vem apresentando tendência de queda. Segundo o parecer, tal redução teria permitido uma redução da tarifa final aos consumidores das distribuidoras. Em junho de 2016, o preço pago pelas distribuidoras à Petrobras alcançou patamar semelhante ao praticado imediatamente antes da retirada dos descontos.

Diante das evidências trazidas, não foi possível verificar que a retirada dos descontos praticados pela Petrobras tenha provocado problemas financeiros e danos irreparáveis às distribuidoras. A Superintendência-Geral concluiu que não se verificou a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* a justificar a concessão da medida preventiva requerida.

Julgamentos relevantes do Tribunal do CADE

TRIBUNAL DO CADE APROVA TCCS NA INVESTIGAÇÃO DE SUPOSTO CARTEL DE FRETE AÉREO E MARÍTIMO

Por unanimidade, o Tribunal do CADE homologou o voto do Presidente Interino Gilvandro Araújo nos Requerimentos nº 08700.000098/2017-76 e nº 08700.000120/2017-88, pela aprovação de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) das empresas Agility Public Warehousing Company K.S.C.P, Geodis Wilson Management B.V. e Geodis Gerenciamento de Fretes do Brasil Ltda.

Os compromissários são investigados por suposto cartel no mercado de prestação de serviços de agenciamento de frete internacional aéreo e marítimo de cargas, com origem ou destino no território brasileiro (Processo Administrativo nº 08012.001183/2009-08). Os TCCs firmados são o sétimo e o oitavo acordos no âmbito do referido processo.

As companhias se comprometem a cessar a conduta e a colaborar com a autarquia na elucidação dos fatos, além de admitir participação na prática investigada.

Em relação às contribuições pecuniárias, a Agility se comprometeu a recolher cerca de R\$ 2,25 milhões. Já as empresas Geodis Wilson Management B.V. e Geodis Gerenciamento de Fretes do Brasil deverão pagar, juntas, cerca de R\$ 2,24 milhões.

A votação foi tomada por discussão sobre o modelo de negociações de TCC circunscrito no Guia de TCC do CADE e aplicado pela Superintendência-Geral. O Conselheiro Alexandre Cordeiro, em seu voto, saiu em defesa do modelo atual. O Conselheiro João Paulo de Resende criticou a dosimetria aplicada ao cálculo das contribuições; contudo, votou pela homologação dos TCCs, formando unanimidade.

TRIBUNAL DO CADE APROVA TCCS NO PROCESSO QUE INVESTIGA SUPOSTO CARTEL DE ROLOS CERÂMICOS

O Tribunal do CADE acolheu, por maioria, os Requerimentos nº 08700.005258/2016-92 e nº 08700.007053/2016-41, no bojo do Processo Administrativo nº 08700.004627/2015-49, que investiga conluio no mercado nacional de rolos cerâmicos refratários.

As empresas Estiva Refratários Especiais Ltda. e Refratário Paulista Indústria e Comércio Ltda. reconheceram participação na conduta e se comprometeram a colaborar com a apuração dos fatos. A primeira se comprometeu a recolher cerca de R\$ 1,34 milhão a título de contribuição pecuniária. Já a segunda deverá pagar o valor de aproximadamente R\$ 3,63 milhões.

Novamente, a votação foi tomada por discussão sobre o modelo de negociação de TCC do Guia de TCC do CADE e aplicado pela Superintendência-Geral, contando com as ponderações do Conselheiro Alexandre Cordeiro em defesa do modelo atual e do Conselheiro João Paulo de Resende, com críticas à dosimetria aplicada ao cálculo das contribuições. Resende votou pela não homologação dos TCCs, sendo consignado seu voto vencido.

TRIBUNAL DO CADE ARQUIVA IMPUGNAÇÃO DA GAMESA A ATO DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE GERADORES EÓLICOS

O Tribunal do CADE deliberou, por maioria, pela homologação de despacho de não conhecimento de recurso interposto pela Gamesa Eólica do Brasil contra o parecer da Superintendência-Geral de aprovação do Ato de Concentração nº 08700.007629/2016-71, relativo à aquisição pela General Electric Company da fabricante de pás para turbinas eólicas LM Wind Power Holding A/S.

O Relator, Presidente Interino Gilvandro Araújo, considerou ser tempestivo o recurso da terceira interessada Gamesa. Todavia, estabeleceu discussão sobre a possibilidade de conhecimento face à necessidade de apresentação de prova adicional, cuja produção foi requisitada pela Gamesa no curso da tramitação do recurso, já que a empresa não teria trazido novos elementos em seu pedido de reconsideração.

Para o Presidente Interino, o recurso ventila os mesmos argumentos já apreciados pela Superintendência-Geral e busca meramente impedir ou protelar a constituição da operação. Assim, votou pelo não conhecimento, por falta do material necessário para apreciação do mérito.

A decisão foi homologada por maioria. O Conselheiro João Paulo de Resende e a Conselheira Cristiane Alkmin se manifestaram pela não homologação do despacho. Ambos destacaram não haver necessidade de produção de prova no prazo de cinco dias previsto para apresentação de recurso pelo terceiro interessado, podendo haver margem para instrução adicional pelo Conselheiro Relator. Foram vencidos.

TRIBUNAL CONDENA HOSPITAIS DE FORTALEZA POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O Tribunal do CADE acolheu, por maioria, voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro no Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97, que trata de representação apresentada por HAPVIDA Assistência Médica Ltda. em desfavor de Associação dos Hospitais do Estado do Ceará (AHECE), Clínica São Carlos Ltda., Otolínea S/C Ltda., Hospital São Mateus Ltda., Hospital Geral e Maternidade Angeline, Wilka e Ponte Ltda. (Hospital Gênesis), Casa de Saúde e Maternidade São Raimundo S.A. e Hospital Cura Dar's Sociedade Beneficente São Camilo.

A conduta anticoncorrencial em questão consistia em tentativa de imposição, por parte das representadas, de reajuste de seus serviços às operadoras de planos de saúde HAPVIDA Assistência

Médica Ltda., por meio de solicitações de descrédito, ameaças de suspensão de atendimento e rescisões de contratos. Tal prática restou configurada e materializada, segundo o voto do Relator.

O Relator procedeu a uma análise de poder de mercado, indicando posição dominante das empresas em alguns serviços, o que significou efetiva condição de pressão ao HAPVIDA para adotar os reajustes pretendidos pelas representadas.

Acompanhando os pareceres de instrução, votou pelo arquivamento em relação aos representados (i) Hospital Geral e Maternidade Angeline, (ii) Hospital Monte Klinikum, (iii) Sociedade de Assistência e Proteção à Infância de Fortaleza – SOPAI Hospital Infantil Luis França e (iv) Luiz França Serviços Hospitalares Ltda., por não terem sido constatados elementos suficientes nos autos para a condenação em relação às práticas denunciadas.

Em relação aos demais representados, votou pela condenação, com a imposição das seguintes multas: (i) Associação dos Hospitais do Estado do Ceará (AHECE), multa no valor de 40 mil UFIR; (ii) Maternidade São Raimundo S.A., multa de 14% sobre o faturamento, no total de R\$ 2,6 milhões; (iii) Hospital São Mateus Ltda., multa de 14% sobre o faturamento, no total de R\$ 8,7 milhões; (iv) Otolínea S/C Ltda, multa de 14% sobre o faturamento, no total de R\$ 3,9 milhões; (v) Hospital Gênese, multa de 13% sobre o faturamento (por não ter participado de todos os atos), no valor de R\$ 9,9 milhões; (vi) Clínica São Carlos e Uniclí – União das Clínicas do Ceará, em 6 milhões de UFIR cada, face a ausência de dados de faturamento. Em relação aos representados que não apresentaram dados de faturamento, o cálculo foi parametrizado a partir de suas participações de mercado, proporcionalmente em relação ao valor de multa aplicado aos demais.

Em votação, os Conselheiros Gilvandro Araújo, Paulo Burnier e João Paulo de Resende acompanharam o Relator, que venceu, por maioria.

A Conselheira Cristiane Alkmin apresentou voto divergente, pelo arquivamento do caso em relação a todos os representados, pois não se trataria de caso de cartel clássico (“*hard core*”), sendo devida a análise pela regra da razão. A Conselheira avaliou que os hospitais apresentavam pequena participação de mercado, em contraposição à elevada participação dos planos de saúde, e não foi realizada a necessária análise dos efeitos da prática, de modo a se considerar o exercício de poder compensatório pelos hospitais em contraposição ao poder de compra detido pela HAPVIDA.