

BOLETIM INFORMATIVO Nº 127

107ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE

Sessão realizada em 28 de junho de 2017. Pautas, atas e áudio da Sessão disponíveis em www.cade.gov.br

PRINCIPAIS DESTAQUES

Novo Presidente do CADE toma posse

Superintendente-Geral do CADE se despede com apresentação de resultados de sua gestão

CADE reprovava aquisição da Estácio pela Kroton

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.

Destaques do CADE

Toma posse o novo presidente do CADE

O início dos trabalhos do Tribunal do CADE foi marcado pela cerimônia de posse do novo Presidente da autarquia, Alexandre Barreto de Souza.

O evento contou com a presença do Secretário-Executivo do Ministério da Justiça e Segurança Pública, José Levi Mello do Amaral Júnior, e do Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico, Mansueto Almeida.

O novo Presidente afirmou que pretende ser “óleo na engrenagem” do CADE. Souza frisou que os resultados alcançados pelo CADE são positivos, sem prejuízo de aprimoramentos. Dentre os pontos de aprimoramento, o Presidente destacou o fortalecimento do diálogo com outros órgãos fiscalizadores e setores da sociedade interessados na ação do CADE.

Representantes do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica (CECORE) da OAB/SP e da Comissão de Defesa da Concorrência (CC) da OAB/DF presentes na cerimônia deram boas-vindas ao novo Presidente.

Superintendente-Geral do CADE se despede com apresentação de resultados de sua gestão

Em 15 de julho de 2017 se encerra o mandato do Superintendente-Geral do CADE, Eduardo Frade Rodrigues. Frade apresentou balanço da sua gestão à frente da Superintendência-Geral do CADE nos últimos três anos, destacando os resultados alcançados.

No controle de condutas anticompetitivas, enalteceu os resultados do programa de leniência, que tem apresentado números crescentes nos últimos três anos, e registrou a celebração de diversos acordos de cooperação técnico-operacional com outros órgãos de polícia e fiscalização. Destacou os esforços pela celeridade de Processos Administrativos, cuja maioria tem menos de 3 anos no CADE, a ampliação do número de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) negociados na Superintendência e homologados pelo Tribunal, bem como a participação da Superintendência na elaboração de guias sobre temas antitruste relevantes.

No controle prévio, destacou a redução do lapso temporal de análise de atos de concentração, apontando para as aprovações de casos sumários em até 30 dias.

Após a fala de Frade, a Conselheira Cristiane Alkmin, em nome do CADE, homenageou o Superintendente-Geral. A homenagem foi endossada por representantes do IBRAC, CECORE, CC e Ministério Público Federal, que parabenizaram Frade por sua gestão. Mário Gordilho, Coordenador da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 5, representando os servidores da Superintendência-Geral, discursou enaltecendo a liderança de Frade e expressando pesar por sua não permanência à frente do órgão.

Seae apresenta parecer em PL da Câmara sobre multas do CADE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae) encaminhou ao CADE cópia do Parecer nº 06285/2017, sobre o Projeto de Lei nº 7.238/2017, do Deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), que dispõe sobre a aplicação de multas pelo CADE. A Seae é responsável pela promoção da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, realizando a chamada “advocacia da concorrência”.

O projeto busca a reforma do art. 37 da Lei 12.529/2011, por alegada ausência de clareza no seu texto quanto ao alcance da multa sobre a vantagem auferida obtida pela empresa infratora. Propõe-se, dentre outros aspectos, o estabelecimento de multa máxima de 20% do faturamento, mesmo se a vantagem auferida for superior a esse limite. O projeto dispõe também que a multa não será inferior à vantagem auferida quando esta puder ser estimada e quando o valor da vantagem não for superior à multa máxima de 20%.

A Seae apresentou proposta de redação alternativa ao texto do projeto, defendendo que a multa de empresa seja de “0.02% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no mercado relevante em que ocorreu a infração, nos exercícios da sua duração ou da prática do ato que não surta efeito”. A Seae também recomendou inserir dispositivo que estabeleça que a multa não seja inferior à vantagem auferida quando for possível sua estimação.

Destaques do Poder Judiciário e do Ministério Público

MPF fiscaliza ações judiciais de interesse do CADE

Por meio de ofício ao Procurador-Geral do CADE, o representante do Ministério Público Federal no CADE, Marcio Barra Lima, solicitou que a Autarquia forneça uma relação de processos judiciais em que qualquer decisão do CADE tenha sido questionada judicialmente ou, ainda, que apenas se relacione com a matéria concorrencial. A iniciativa busca fiscalizar se o Poder Judiciário abriu vista

ao Ministério Público Federal no curso da demanda judicial e orientar a atuação dos membros do *parquet* em tais processos.

TCU recomenda que CADE investigue acordos de exclusividade de fornecimento de medicamento

O Tribunal de Contas da União (TCU) publicou acórdão em que aponta irregularidades nas compras públicas do medicamento L-Asparaginase, determinando remessa ao CADE para providências quanto a contratos de exclusividade (acórdão TCU nº 1169/2017 – TC 000.713/2017-1).

A representação apresentada pela empresa Quantum Comércio de Medicamentos Ltda. ao TCU apontava sobre possíveis irregularidades ocorridas em contrato para aquisição do medicamento L-Asparaginase, em contrato firmado com a empresa Xetley S.A.

O L-Asparaginase é indicado na poliquimioterapia de pacientes com linfoma linfoblástico ou leucemia linfoblástica aguda, sendo fornecido para os pacientes atendidos no SUS.

A investigação do TCU revelou que boa parte da oferta do medicamento no Brasil estaria limitada por contratos de exclusividade que impediriam que distribuidores alternativos fornecessem o mesmo produto de fabricação chinesa, japonesa ou alemã. Segundo o acórdão, a importação do L-Asparaginase só poderia ser feita da empresa Laboratórios Bagó, que possui licença de distribuição da MEDAC GmbH (ligada à empresa Kyowa Hakko Kirin Co. Ltd.), ou pelos laboratórios chineses representados pela Quantum e pela Xetley.

O TCU identificou a presença de um outro distribuidor, a JAZZ Pharmaceuticals France SAS, que teria sido consultada inicialmente pelo Ministério da Saúde, mas que alegou que teria uma parceria internacional com a Kyowa do Japão, que fornece matéria prima à Jazz e à Medac e que, segundo dados do acórdão, teria sido estipulado em contratos no exterior que o Brasil seria território exclusivo da Medac e, apenas no caso de a Medac se recusar a fornecer, o distribuidor alternativo Jazz teria autorização da Kyowa para fornecer L-Asparaginase no Brasil.

Nesse contexto, o acórdão concluiu ser necessário encaminhar cópia digital da instrução e do acórdão do TCU ao CADE, para que a autoridade antitruste avalie a necessidade de investigar possíveis irregularidades em acordos de exclusividade no fornecimento de L-Asparaginase ao mercado brasileiro.

Julgamentos relevantes do Tribunal do CADE

CADE REJEITA AQUISIÇÃO DA ESTÁCIO PELA KROTON

O Tribunal do CADE, em decisão por maioria, reprovou o Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, que tratava da aquisição da Estácio Participações S/A pela Kroton Educacional S/A. A operação foi apresentada ao CADE em 31 de agosto de 2016 e teve como terceiros interessados a Ser Educacional S.A., a Rede Internacional de Universidades Laureate Ltda., a GAEC Educação S.A., a Associação Nacional dos Centros Universitários (Anaceu), além do Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de Manaus (Procon/MA).

A Conselheira Relatora do caso, Cristiane Alkmin, analisou detidamente o mercado de educação e ensino superior, realizando um comparativo de toda a jurisprudência do CADE aplicada ao setor. Entendeu haver uma segregação no ensino superior entre presencial e ensino à distância (EAD), além de cancelar a divisão dos mercados de produto por tipos de cursos, conforme precedentes mais recentes. No âmbito geográfico considerou o mercado de ensino presencial como local e o EAD com características de mercado nacional.

A Relatora não verificou elementos significativos de barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado de EAD, desde que o entrante contasse com a escala mínima viável para atuação. Destacou o papel da regulação setorial que reduziu autorizações e critérios para criação de unidades de EAD. Todavia, a união da Kroton com a Estácio geraria problemas concorrenciais na modalidade presencial, com ausência de rivalidade suficiente em oito municípios brasileiros: Macapá, Campo Grande, Niterói, São José, Santo André, São Luís, Belo Horizonte e Brasília. Na modalidade de EAD em nível nacional, a Kroton já possui 37% do mercado, e passaria a deter 46% após a operação, aumentando significativamente capilaridade, um fator essencial para entrada de novos concorrentes ou mesmo o incremento de poder de rivais.

A Relatora abordou as eficiências econômicas decorrentes da operação e, apesar de considerar a existência de algumas, afirmou não serem suficientes para a aprovação senão mediante cláusulas de aprovação condicionada.

Destacou que iniciou negociações de um Acordo com Controle de Concentrações (ACC) com as requerentes, o que, entretanto, não teria ido adiante.

Como resultado, votou pela aprovação de restrições estruturais e comportamentais que, segundo seu entendimento, seriam suficientes para eliminar as preocupações concorrenciais da operação. Destacam-se das restrições estruturais discutidas pela Relatora a venda da Uniderp, unidade de EAD da Kroton, o que representaria a criação de uma quarta força independente no mercado de ensino à distância com forte presença em localidades do interior. A Relatora também sugeriu a venda da marca Anhanguera, em razão do fato de ser elemento reputacional que atrairia clientes para o novo proprietário da marca. Entre as restrições comportamentais, destaca-se a proibição de realizar aquisições pelo período de cinco anos como medida que permitiria aos rivais já instalados e o terceiro alienante a agremiar participação de mercado.

Em uma simulação dos resultados do conjunto de remédios adotados pela Relatora, Alkmin destacou que os desinvestimentos reduziriam o impacto da concentração nos mercados presenciais e EAD.

Primeiro a votar após a Relatora, o Conselheiro Gilvandro Araújo se posicionou pela reprovação da operação, reportando-se aos entendimentos do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) e da Superintendência-Geral do CADE, que impugnou a operação ao Tribunal. Em seu relato, Araújo destacou que o DEE concluiu que os investimentos em marca constituíam barreiras à entrada, que a oferta de ensino presencial atraía alunos no ensino à distância e que a operação suprimiria um *player* relevante para a rivalidade no mercado. A Superintendência, ressaltou o Conselheiro, considerou que a operação (i) formaria um líder no mercado de educação superior à distância no Brasil com quase 50% de *market share*, participação muito superior a seus concorrentes, (ii) geraria concentrações relevantes, nos mercados presenciais e à distância, em diferentes municípios, e (iii) não geraria eficiências específicas, verificáveis e repassáveis ao consumidor final. Assim, Araújo concluiu que a operação traria consequências negativas à concorrência.

Importante reflexão foi feita em relação ao Ato de Concentração entre Kroton e Anhanguera. Sobre isso, o Conselheiro apontou para o fato de que o ACC no caso Kroton/Anhanguera ainda não apresentou todos os seus efeitos, criando uma sobreposição entre as operações, e afirmou que, para aprovar a aquisição ora pretendida, no mínimo, a Kroton deveria desistir da totalidade da operação da Anhanguera. Por fim, descartou os remédios apresentados pela Relatora por considerar que o pacote falhou na não apresentação de um teste de mercado para avaliar a viabilidade de venda dos ativos a terceiros.

Os demais integrantes do Conselho apresentaram, cada um, voto-vogal por meio do qual fizeram considerações sobre os remédios apresentados e seguiram o voto de Araújo pela reprovação.

O último a votar e seguir o voto divergente de Araújo foi o novo Presidente do CADE, Alexandre Souza, que reforçou os problemas vistos por Araújo para aceitar o pacote de remédios para aprovação da operação. O Presidente destacou que, para a aprovação de ACC, tanto os remédios como a demonstração de sua viabilidade devem ser apresentados pelas requerentes, não pelo CADE. Não tendo isso ocorrido a contento, não caberia ao CADE incorrer nos custos dessa avaliação. Desse modo, votou também pela reprovação da operação.

CADE APROVA TCCS DE CIELO E ELO EM INVESTIGAÇÕES NO MERCADO DE MEIOS DE PAGAMENTO

O Tribunal do CADE homologou por unanimidade o Despacho da Presidência nº 185/2017, nos autos dos Requerimentos de TCC nº 08700.003613/2017-70 e nº 08700.003614/2017-14. Os termos foram formulados, respectivamente, pela Cielo S.A., Elo Serviços S.A. e Elo Participações S.A., para suspensão de investigação para apurar práticas anticompetitivas no mercado brasileiro de meios de pagamento eletrônicos.

Os requerimentos foram dirigidos ao Superintendente-Geral, que os encaminhou ao Presidente do CADE, com sugestão de homologação das propostas.

A Elo se comprometeu a pôr fim à exclusividade atualmente vigente entre ela própria e a credenciadora Cielo. A partir de 31 de julho de 2017, a Elo deverá habilitar outras credenciadoras, de modo a permitir que estas possam ser contratadas por estabelecimentos comerciais que queiram aceitar cartões de bandeira Elo como forma de pagamento.

A Cielo, por sua vez, comprometeu-se a conceder acesso indiscriminado e recíproco de credenciadoras concorrentes a seus equipamentos Pinpad. Essas máquinas capturam transações com cartões de débito e crédito, de diferentes credenciadoras, mediante uma chave criptográfica. Alega-se que, atualmente, a Cielo e a Rede permitiam a utilização recíproca de suas máquinas Pinpad, excluindo as demais concorrentes.

CADE APROVA TCC EM CASO DE SUPOSTO CARTEL DE PRESTADORES DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREDIAL

O Tribunal do CADE aprovou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) de relatoria do Conselheiro Paulo Burnier para suspensão do Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22. O processo teve início após a realização de operação de busca e apreensão em escritórios de empresas

prestadoras de serviços de manutenção predial. Os documentos recolhidos e as provas produzidas durante a instrução processual evidenciariam que as empresas investigadas se reuniam com o objetivo de definir preços e dividir entre si diversos processos públicos e privados de contratação de serviços.

O TCC (Requerimento nº 08700.001785/2017-17) firmado com a WH Engenharia e seu sócio, Renato Rinaldi, estipula cláusulas de admissão de participação na conduta e colaboração com provas para a investigação. A empresa deverá pagar contribuição no valor de R\$ 8,5 milhões ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, e a pessoa física recolherá R\$ 85,2 mil.

Outra representada, a Álamo Engenharia S/A, também apresentou pedido de TCC (Requerimento nº 08700.002633/2017-23). As negociações com a Álamo, porém, não foram adiante, e o Relator pugnou pelo arquivamento do pedido de TCC.