

BOLETIM INFORMATIVO Nº 106

86ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE

Sessão realizada em 25 de maio de 2016. Pautas, atas e áudio da Sessão disponíveis em www.cade.gov.br

PRINCIPAIS DESTAQUES

Superintendência instaura processo de “sham litigation” contra o IABr

CADE inicia negociação de solução para o caso Nestlé-Garoto

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

Última sessão plenária do Presidente Vinicius de Carvalho

Antes do início dos trabalhos da 86ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE, homenagens foram rendidas ao Presidente Vinicius Marques de Carvalho, que conduziu sua última sessão como presidente do Conselho.

Carvalho assumiu a presidência do CADE em maio de 2012, quando entrou em vigor a nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), que instituiu o controle prévio de atos de concentração e implementou modificações institucionais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Nos últimos quatro anos, o CADE consolidou seu sistema de notificação prévia, avançou no combate a cartéis e elaborou resoluções e guias que têm garantido previsibilidade e segurança aos agentes econômicos.

Participaram da cerimônia o Ministro da Justiça e Cidadania Alexandre de Moraes e representantes de instituições como o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) e a Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP.

CADE lança Guia Programa de Leniência Antitruste

O CADE lançou na sua 86ª Sessão Ordinária o Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste.

O documento consolida as melhores práticas e procedimentos adotados pela Superintendência-Geral do CADE na negociação e celebração de acordos de leniência.

O Guia esclarece de modo objetivo as dúvidas sobre aspectos gerais do Programa de Leniência do CADE, dando instruções sobre o procedimento de negociação e celebração do acordo.

Aberta consulta pública sobre o Código de Conduta do CADE

O CADE colocou sob consulta pública a proposta do seu novo Código de Conduta, objetivando atualizá-lo nos termos da legislação atual. Colaborações podem ser enviadas dentro dos próximos 30 dias para o e-mail consultapublica32016@cade.gov.br.

CADE avalia acordo para pôr fim ao caso Nestlé-Garoto

O CADE recebeu da Nestlé Brasil “proposta de solução” para o ato de concentração Nestlé-Garoto (AC nº 08012.001697/2002-89). O CADE, em 2004, vetou a compra da Garoto pela Nestlé. Desde então, as empresas questionam judicialmente a decisão do órgão.

Segundo o CADE, a Nestlé Brasil está propondo assumir um conjunto de obrigações estruturais e comportamentais, incluindo “preocupações sociais”, em troca de uma solução para o caso.

O Conselheiro Alexandre Cordeiro será o relator do caso no Tribunal do CADE. Um de seus primeiros atos como relator foi tornar pública parte das informações sobre o pedido da Nestlé, de modo a oportunizar a manifestação de terceiros interessados.

Poder Judiciário

TRF1 nega apelação do CADE no caso do suposto cartel dos gases

Seguindo voto do relator Des. Souza Prudente, a 5ª turma do TRF1, por unanimidade, negou provimento à apelação do CADE contra decisão de primeira instância que anulou a condenação do IBG Indústria Brasileira de Gases Ltda. por cartelização (Apelação Cível nº 0049539-03.2010.4.01.3400).

A decisão da 5ª Turma reforça a sentença de primeira instância que considerou nula a decisão proferida em processo administrativo perante o CADE, que condenou empresas do ramo de gases industriais e medicinais por formação de cartel. Alegou-se que a decisão do CADE estava fundamentada em provas ilícitas produzidas no âmbito da ação criminal, assim reconhecidas em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

O voto do relator assinalou que a sentença não se baseou na aplicação irrestrita da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, segundo a qual provas obtidas ilicitamente contaminam o processo, como propugnado pelo § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal. Segundo o relator, prestigiou-se, no caso, o art. 5º, LVI, da Constituição de 1988, que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos em qualquer processo judicial ou administrativo. Apontou-se como evidente que a condenação imposta pelo CADE se fundamentou em elementos diretamente relacionados com o conjunto probatório declarado nulo nos autos da citada ação penal.

TRF1 anula decisão do CADE contra a Unidas por tabela de preços

Em decisão unânime, a 5ª turma do TRF1 negou provimento à Apelação nº 2007.34.00.002833-9, formulada pelo CADE contra decisão de primeira instância que anulou condenação contra a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas) por fixação de preços mediante tabela de honorários mínimos de profissionais médicos.

Segundo o voto do relator Des. Souza Prudente, não configura infração à ordem econômica a elaboração, por associação em regime de autogestão, de tabela de honorários médicos que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não induzindo a conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Destaques da Superintendência-Geral do CADE

Superintendência arquiva investigação contra o Conselho Executivo de Normas-Padrão (CENP)

A Superintendência-Geral arquivou o Processo Administrativo nº 08012.008602/2005-09, instaurado para apurar suposta atuação do CENP em: a) interferir sobre o sistema de livre formação de preços do mercado de publicidade; b) impor o percentual dos descontos e o limite de repasses aos agentes atuantes no mercado (fixação do Desconto-Padrão e fixação do limite de repasse do Desconto de Agência); c) regular as relações comerciais das empresas de publicidade; d) estimular a adoção de conduta comercial uniforme; e) limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado; e) criar dificuldades à constituição de empresas concorrentes ou fornecedores.

Ao longo da instrução a Superintendência verificou a existência de legislação que concede à CENP autoridade para autorregulação do mercado de propaganda e publicidade (Lei nº 4.680/1965, Decreto nº 57.690/1966, Decreto nº 4.563/2002 e Lei nº 12.232/2010). No campo das relações comerciais, a atividade de publicidade também conta com normas reconhecidas e livremente convencionadas pelos agentes do mercado, por meio de entidades e associações nacionais representativas de agências de propaganda, veículos e anunciantes. São estes regramentos: (i) Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, tornado de caráter legal em 1965 (art. 17 da Lei nº 4.680/1965) e (ii) Normas-Padrão da Atividade Publicitária, instrumentos de incentivo às boas práticas e respeito ético, desde 2002 incorporadas ao Decreto nº 57.690/1966.

A Superintendência registrou que o CADE considera a indução à edição de tabelas de preços, assim como qualquer conduta que artificialize a livre formação de preços, nociva ao ambiente concorrencial. Todavia, por ter previsão legislativa, a prática perpetrada pela CENP estaria escusada da observação dos preceitos da legislação antitruste, motivo pelo qual se concluiu pelo arquivamento da investigação.

Por outro lado, a Superintendência considerou que a autorregulação da CENP, um organismo privado, no mercado de propaganda e publicidade deve ser reavaliada com vistas à livre precificação por parte dos diversos agentes que operam na cadeia de propaganda e publicidade. O órgão opinou pela remessa do processo ao Ministério da Fazenda para que avalie a necessidade de promoção de advocacia da concorrência para revisão do arcabouço legal que ampara as atribuições do CENP.

Proferida a decisão de arquivamento, os autos seguem para o Tribunal do CADE que deverá reexaminar os fundamentos de arquivamento e a sugestão de advocacia da concorrência.

Superintendência conhece e aprova contrato de distribuição entre Bayer e Agrofel

A Superintendência-Geral conheceu e aprovou sem restrições o Ato de concentração nº 08700.003054/2016-17, que submeteu à análise do CADE contrato de distribuição celebrado entre a Bayer e a Agrofel, por meio do qual a Agrofel realizará a distribuição de defensivos agrícolas da Bayer no estado do Rio Grande do Sul.

As empresas alegaram que a operação não seria de notificação obrigatória, por não se enquadrar nos critérios da Resolução CADE nº 10/2014, concernente aos contratos associativos. Como a transação versa sobre contrato de distribuição, cuja relação entre as partes seria essencialmente vertical, as requerentes arguíram que não foi avençado no contrato cláusula de exclusividade e tampouco se estipulou o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes, de maneira que a operação não se subsumiria às hipóteses da resolução supracitada, em particular ao disposto no art. 2º, § 1º, II.

A Superintendência-Geral entendeu, porém, que o caso era de notificação obrigatória. Quanto às participações de mercado das requerentes, na notificação foi informado que a Bayer possuiria participação de mercado superior a 30% no mercado nacional de produção de fungicidas. Além disso, a Superintendência identificou no contrato obrigação restritiva à concorrência, com características que se assemelhavam a uma cláusula de exclusividade.

Por fim, o parecer da Superintendência também identificou uma hipótese de sobreposição horizontal entre as requerentes no mercado de comercialização de defensivos agrícolas no Rio Grande do Sul, a qual ultrapassaria o patamar de 20% estabelecido em alguns cenários.

No mérito, a Superintendência entendeu que a integração vertical resultante do contrato, assim como a hipótese de sobreposição horizontal, não tem o condão de causar impactos concorrenciais negativos nos mercados afetados.

Superintendência instaura processo para investigar suposto cartel de resinas

A Superintendência-Geral instaurou Processo Administrativo para apurar suposta prática de cartel no mercado nacional de produção e distribuição de resinas (PA nº 08700.003718/2015-67).

Estão sendo investigadas as empresas Akzo Nobel Ltda., Águia Química Ltda., Ashland Polímeros do Brasil S/A., Brampac S/A, CCP Composites e Resinas do Brasil Ltda., Elekeiroz S/A., Novapol Plásticos Ltda., Royal Química Ltda., SI Group Crios Resinas S/A, Reichhold, Inc., Reichhold Industries, Inc., Reichhold do Brasil Ltda. e TCA Consultores (Cempre Conhecimento e Educação Empresarial & Editora Ltda.), além de 54 pessoas físicas relacionadas a essas empresas.

De acordo com o parecer do órgão, há evidências de que os acusados se organizaram com o objetivo de limitar a concorrência por meio da fixação de preços de resinas e troca de informações

concorrencialmente sensíveis. Foi verificada ainda a imposição de dificuldades ao funcionamento de empresas que não se alinhavam às diretrizes do suposto cartel.

As empresas Ashland Polímeros do Brasil S/A, CCP Composites e Resinas do Brasil Ltda., Novapol Plásticos Ltda., Elekeiroz S/A e Águia Química Ltda. compareceram espontaneamente ao CADE para negociar Termos de Compromisso de Cessação.

Por ausência de provas ou indícios de vinculação com os fatos apurados na investigação, a Superintendência determinou a exclusão da Induspol Indústria de Polímeros Ltda. do processo.

Com a instauração do processo, os representados serão notificados para apresentar defesa. Ao final da instrução, a Superintendência-Geral opinará pelo arquivamento do processo ou pela condenação dos investigados, encaminhando o caso para julgamento final pelo Tribunal do CADE.

Instaurado processo por “sham litigation” contra o IABr

A Superintendência-Geral do CADE instaurou processo administrativo contra o Instituto Aço Brasil (IABr) para investigar suposto exercício abusivo do direito de petição com finalidade anticompetitiva (PA nº 08012.001594/2011-18).

A investigação foi iniciada com representação da Associação Brasileira das Empresas Importadoras e Fabricantes de Aço (Abrifa), extinta recentemente.

A conduta envolve importações independentes para o mercado nacional de vergalhões de aço utilizados na construção civil. Segundo a investigação, o Instituto teria ajuizado diversas ações judiciais para impedir a importação de vergalhões de aço por empresas estabelecidas no mercado brasileiro.

O parecer da Superintendência apontou que o IABr ajuizou ações cautelares de produção antecipada de provas, com pedido de liminar, questionando a conformidade das mercadorias importadas com as normas técnicas brasileiras formuladas pela ABNT.

Em razão dessas ações, as cargas de vergalhões de aço importado teriam sido retidas nos portos até a realização de perícias, causando prejuízos aos importadores e impedindo a circulação da mercadoria no Brasil. Essa conduta aumentaria ou inviabilizaria os custos de importação e desestimularia a importação independente de vergalhões de aço.

Com a instauração do processo, o IABr será notificado para apresentar defesa. A Superintendência, ao final, apresentará parecer pelo arquivamento do processo ou pela condenação do instituto, enviando o caso para julgamento final pelo Tribunal do CADE.

Julgamentos relevantes do Tribunal do CADE

CADE CONDENA BOICOTE DE CLÍNICAS DE ONCOLOGIA CONTRA UNIMED

O Tribunal do CADE acolheu por unanimidade o voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro no Processo Administrativo nº 08012.009606/2011-44, que investigou suposto cartel de clínicas de oncologia. Elas teriam negociado em conjunto com a Unimed e, não obtendo êxito na negociação, teriam feito um descredenciamento de forma coordenada.

O relator destacou a materialidade da conduta com a afirmação das próprias representadas em defesa de que teriam negociado, sempre em conjunto e por vários meses, junto aos gestores da Unimed Campinas, a possibilidade de revisão dos contratos de credenciamento, que seriam exatamente os mesmos para todas.

O Conselheiro ressaltou que as clínicas representavam 90% do mercado de oncologia no município de Campinas. Assim, foi afastada a discussão acerca da legitimidade da negociação coletiva contra um único grupo hospitalar que detinha participação de mercado inferior ao do grupo de clínicas coordenadas.

Como resultado, aplicou multas no patamar de 10% do faturamento das representadas, a saber: ONCOCAMP (Clínica de Oncologia Diagnose e Terapia S/C Ltda.), R\$ 1,915 milhões; IOC (Instituto de Oncologia Clínica S/S Ltda.), R\$ 1,126 milhões; OCC (Oncologia Clínica de Campinas S/C Ltda.), R\$ 723 mil; Instituto do Radium de Campinas Ltda, R\$ 2,413 milhões; e OHC (Oncologia e Hematologia de Campinas S/C Ltda.), R\$ 80 mil.

CADE ANALISA OPERAÇÕES ENTRE TAM E AZUL LINHAS AÉREAS NÃO NOTIFICADAS E APLICA MULTAS

Em decisão unânime, o Tribunal do CADE acompanhou o voto da Conselheira Cristiane Schmidt nos autos do Ato de Concentração nº 08700.01172/2016-91, pela aprovação de acordos de compartilhamento de voos (“codeshare”) celebrados entre Tam Linhas Aéreas S/A e Trip Linhas Aéreas S/A, em 25 de maio de 2004, e entre Tam e Total Linhas Aéreas S/A, em 29 de julho de 2004, por meio dos quais cada parte ofertava ao mercado, com seu próprio código, voos que eram operados pela outra parte, como uma forma de integração das respectivas malhas.

Segundo a relatora, a possível necessidade de notificação das operações foi observada durante a análise de outra operação, entre as empresas Azul S/A e Trip (AC nº 08700.004155/2012-81), em que foi examinada a incorporação das ações da Trip pela Azul. Tal operação foi aprovada, em 2013, condicionada ao cumprimento de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) celebrado entre as requerentes e o CADE.

Verificada a possível necessidade de as operações terem sido notificadas, a Superintendência-Geral do CADE instaurou Procedimento de Apuração de Ato de Concentração (APAC nº 08700.007809/2012-29). Na investigação, identificou-se que os acordos de “codeshare” foram renovados ao longo dos anos – foram feitos 19 (dezenove) aditivos/renovações entre Tam e Total e 12 (doze) aditivos/renovações entre Tam e Trip, sendo o último datado de 20 de setembro de 2010 –, seja para reiterar a vigência daqueles, seja para proceder a ajustes às condições do mercado ou exigências regulatórias da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), sem que houvesse interrupção

nas operações de código compartilhado. Esses atos não foram submetidos ao CADE sob a égide da lei antitruste à época vigente, a Lei nº 8.884/94.

No mérito, a relatora entendeu que o impacto das operações omitidas já foi analisado de forma incidental no AC referido acima.

Por fim, a Conselheira declarou que 18 operações de “codeshare” não foram notificadas, fazendo jus à aplicação de multa por intempestividade nos termos da Lei nº 8.884/94, somando R\$ 8,2 milhões. Além disso, constatou a necessidade de pagamento das taxas de notificação das operações que deixaram de ser submetidas ao CADE.

CADE FIRMA TCC COM JAPAN AE POWER SYSTEMS CORPORATION

Por unanimidade, o Tribunal do CADE homologou Termo de Compromisso de Cessação celebrado com a Japan AE Power Systems Corporation no mercado de equipamentos de transmissão de energia elétrica com isolamento a gás (GIS), derivado do Processo Administrativo nº 08012.001376/2006-16. A empresa admitiu participação na suposta prática de cartel e se comprometeu a pagar contribuição pecuniária de R\$ 4,345 milhões.