

BOLETIM INFORMATIVO Nº 108

88ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE

Sessão realizada em 22 de junho de 2016. Pautas, atas e áudio da Sessão disponíveis em www.cade.gov.br

PRINCIPAIS DESTAQUES

CADE arquiva processo contra Santos Brasil

Superintendência aplica multas por enganosidade e atraso na prestação de informações ao CADE

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

CADE capacita funcionários para utilização de programa eletrônico de busca de cartéis em licitações

Entre 20 e 24 de junho, a Superintendência-Geral do CADE realizou curso de capacitação dos servidores para a implementação do programa “Cérebro” – aplicativo criado pelo órgão que reúne softwares para auxiliar na investigação e detecção de cartéis em licitações eletrônicas. O objetivo do curso é permitir o uso das diversas ferramentas do programa, a fim de iniciar o monitoramento e alimentação de dados relativos às licitações governamentais.

Poder Judiciário

TRF1 suspende decisão do CADE sobre participação da CSN no Conselho de Administração da Usiminas

Em decisão monocrática, o desembargador federal Jirair Megueriam, da 6ª turma do TRF1, suspendeu os efeitos de decisão cautelar do CADE, impedindo assim que a CSN indique representantes ao Conselho de Administração e Conselho Fiscal da Usiminas (Agravo de Instrumento nº 0027784-25.2016.4.01.0000/DF).

Em abril, o CADE decidiu, por maioria, flexibilizar os termos de compromisso firmado com a CSN, para permitir que a empresa, maior acionista minoritária da Usiminas, indicasse representantes para os Conselhos deliberativos desta. CSN e Usiminas são rivais no mercado de aços planos.

A questão foi levada ao judiciário e, em primeira instância, determinou-se a suspensão das reuniões do

Conselho de Administração até que houvesse decisão definitiva sobre a autorização dada pelo CADE. Em sede de Agravo, o desembargador Megueriam autorizou o funcionamento do Conselho sem a presença de representantes da CSN, opção considerada mais prudente até a discussão do mérito.

Esta decisão, no entanto, foi revista pelo desembargador Kássio Marques durante as férias do desembargador Megueriam, sendo acolhido o pedido de reconsideração da CSN. Na sequência, nova decisão do Desembargador Megueriam revogou a decisão do pedido de reconsideração e restabeleceu a restrição ao funcionamento do Conselho com a condição de que não houvesse a presença de representantes da CSN. Segundo o desembargador Megueriam, embora a apreciação do pedido de reconsideração pelo desembargador Marques se justificasse – dada a urgência do caso e ausência do desembargador preventivo, em razão de suas férias –, a decisão de acolhimento do pedido errou ao restabelecer a “situação imediatamente anterior à judicialização da demanda”. A reconsideração apenas poderia ter revogado a decisão do Agravo, mantendo os efeitos do ato decisório de primeiro grau que, por sua vez, suspendeu cautelarmente toda e qualquer reunião do Conselho.

Assim, por ora vige decisão que autoriza o funcionamento do Conselho de Administração da Usiminas com 9 membros, excluindo os 2 membros eleitos pela CSN.

MPF instaura inquérito contra cegonheiros da região do ABC Paulista.

A Procuradoria da República em São Bernardo do Campo - SP instaurou Inquérito Civil Público de nº 1.34.011.000286/2016-36, para investigar atos ilegais e eventuais violações à livre-concorrência praticadas por empresas transportadoras de veículos automotores da região do ABC e pelo Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Microempresas de Transporte Rodoviário de Veículos (SINDICAM) nos serviços de transporte prestados à Volkswagen do Brasil.

Nos termos da portaria de instauração, o inquérito partiu de informações obtidas em investigação do MP-SP e de Procedimento Preparatório instaurado a partir de notícia publicada no Diário do Grande ABC de 24.05.2016, a respeito de ameaça de interrupção da distribuição de veículos Volkswagen pelos motoristas de caminhão-cegonha, com intuito de pressionar a montadora em negociações contratuais.

MPF instaura inquérito para avaliar dados de suposto cartel de órteses e próteses identificado em CPI da Câmara dos Deputados

A Procuradoria da República no Distrito Federal (PRDF) instaurou Inquérito Civil Público de nº 1.16.000.001067/2016-11, com o propósito de apurar os resultados obtidos na “CPI da Máfia das Órteses e Próteses no Brasil”, realizada pela Câmara dos Deputados. O objetivo é apurar eventual cartelização na fixação de preços e distribuição de órteses e próteses em licitações públicas, que teria criado direcionamento artificial da demanda e captura dos serviços médicos por interesses privados de participantes do suposto cartel.

Destaques da Superintendência-Geral do CADE

Superintendência conhece e aprova contrato associativo entre Telefônica e Nextel

A Superintendência-Geral do CADE conheceu e aprovou sem restrições o Ato de Concentração envolvendo acordo de compartilhamento de rede de acesso de rádio, denominado "RAN (Radio Access Network) sharing" entre Vivo e Nextel (AC nº 08700.003598/2016-8).

Para a SG, contratos de RAN *sharing* já foram conhecidos pelo CADE como contratos associativos de notificação obrigatória, incluindo precedentes envolvendo a Nextel. Nos termos do contrato, a operação envolveria não só o compartilhamento de uma torre, mas também de equipamentos de gestão de rede para uso recíproco das radiofrequências outorgadas. Foi considerado, portanto, que Vivo e Nextel estariam, de certa forma, unindo suas radiofrequências SMP, de modo que a análise pode ser

vista sob uma ótica horizontal na qual haveria sobreposição superior a 20%, sujeita à notificação segundo a Resolução CADE nº 10/14.

Ao analisar o mérito da operação, a Superintendência-Geral endereçou as principais preocupações do CADE em contrato de RAN *sharing*, incluindo (i) manutenção da independência das operadoras; (ii) troca de informações limitada ao acordo de compartilhamento; e (iii) manutenção da diferenciação quanto a preços, qualidade e serviços, minimizando uma possível ação coordenada das operadoras. A SG não verificou risco derivado da operação, destacando que, para a Nextel, menor concorrente do mercado de SMP, o contrato de RAN *sharing* aumentaria a capilaridade e alcance de seus serviços, garantindo acesso a novos clientes e incrementando a rivalidade no mercado de SMP.

Superintendência instaura inquérito contra Petrobras por abuso no mercado de distribuição de gás canalizado

A Superintendência-Geral instaurou Inquérito Administrativo contra a Petrobrás, a partir de denúncia formulada pela Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado (ABEGÁS). As supostas práticas anticompetitivas investigadas consistiriam no exercício abusivo de posição dominante, ao criar vantagens arbitrárias para energéticos substitutos do gás natural, bem como a discriminação entre adquirentes de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços e recusa de contratar (IA nº 08700.007130/201582).

Segundo a nota de instauração, a Representante alega que a Petrobras, por meio de sua política de preços e condições de contratação no mercado de distribuição e comercialização de gás natural, estaria incorrendo em condutas com efeito anticompetitivo de aumento arbitrário de lucros, falseamento ou prejuízo à concorrência e tratamento discriminatório. Tais condutas teriam culminado na decisão da Petrobras de retirar descontos que vinham sendo concedidos de forma regular e ininterrupta, há mais de quatro anos, sobre o preço do gás natural para distribuidores estaduais não relacionados ao grupo da estatal, em favor de distribuidoras, de termelétricas e refinarias verticalmente integradas à Petrobras.

Superintendência-Geral aplica multas por negativa de prestação de informações e enganosidade

A Superintendência-Geral aplicou multa à FIAT por não ter prestado informações requisitadas pelo órgão no Inquérito Administrativo nº 08700.010318/212-65, que investiga cartel no mercado de embreagens. Após cinco dilações de prazo, a FIAT não respondeu ao Ofício remetido pela SG, que demandava informações sobre o mercado de embreagens. Embora tenha atenuantes de responsabilidade, a Superintendência concluiu que extrapolaria qualquer análise de razoabilidade e proporcionalidade cogitar que uma empresa líder no mercado de automóveis no Brasil não pudesse, no prazo total de mais de 6 meses, fornecer à autoridade concorrencial informações de natureza contábil, que pela legislação são de registro obrigatório.

Concluiu-se que a empresa sonegou informações ao CADE, deixando de colaborar com a investigação e com o aprimoramento da qualidade e competitividade do mercado automobilístico, sendo-lhe imputada multa diária de R\$ 5.000,00 até o efetivo cumprimento da solicitação.

A SG também aplicou multa às empresas Marcopolo e Neobus, por enganosidade na prestação de informações prestadas no Ato de Concentração nº 08700.002084/2016-14.

As requerentes apresentaram como pontos centrais a justificar a aprovação da operação (i) o patamar de concentração de mercado decorrente da operação e (ii) a existência de rivais importantes no mercado, dentre os quais a Ciferal (17%) e Induscar (27%). Ocorre que a Superintendência constatou que a Ciferal era inteiramente detida pela Marcopolo desde 2001, não existindo qualquer dúvida de que a empresa fazia parte do mesmo grupo econômico. Por meio da indicação da Ciferal como concorrente, as Autuadas não só diluíram de forma artificial a participação de mercado resultante da operação, como apresentaram uma tese falsa para aprovação da operação, pela existência de uma suposta rivalidade no mercado. Após solicitação de esclarecimentos pela SG, as informações foram retificadas. Não obstante, foi aplicada multa de R\$ 250.000,00 pela enganosidade das informações prestadas durante o processo.

Julgamentos relevantes do Tribunal do CADE

CADE ARQUIVA INVESTIGAÇÃO DE 16 ANOS CONTRA SANTOS BRASIL E TECONDI

O Tribunal do CADE acolheu por unanimidade o voto do conselheiro Paulo Burnier pelo arquivamento do Processo Administrativo n.º 08012.005967/2000-69, relativo a suposta conduta anticompetitiva praticada por operadores portuários no Porto de Santos.

O processo foi iniciado por representação da Marimex – Despachos, Transportes e Serviços Ltda. (“Marimex”), recinto alfandegado atuante em Santos, em desfavor da Santos Brasil S.A. – TECON (“Santos Brasil”) e Terminal de Contêineres da Margem Direita S/A (“Tecondi” – atual ECOPORTO), operadores portuários que também atuam no mercado de armazenagem alfandegada. A Marimex questionava a cobrança de valores a título de entrega postergada de contêineres, que supostamente poderiam inibir a atividade dos recintos alfandegados (“RAs”) concorrentes.

As representadas sustentaram a legalidade da cobrança em face da legislação antitruste. Destacou-se que a cobrança é decorrente de falha ou omissão dos próprios RAs, que não cumprem com os requisitos necessários para a retirada imediata dos contêineres, o que gera custos adicionais aos operadores portuários. Amparada pela regulação, a taxa é aplicável ao trânsito aduaneiro dentro da Jurisdição da Alfândega de Santos (regime DT-e), diferenciando-se de outros casos julgados pelo CADE. Há clara racionalidade econômica e incentivo à eficiência da atividade portuária. Sobretudo, destacou-se a ausência de efeitos ou potenciais efeitos anticompetitivos da cobrança, dada a pouca representatividade sobre o mercado.

Burnier acolheu a tese da Santos Brasil e Tecondi, já esposada no parecer da Superintendência-Geral, tratando de esclarecer pontos levantados pelos pareceres da ProCADE e do MPF, que equivocadamente confundiram os regimes aduaneiros adotados no porto de Santos e pugnaram pela condenação das representadas. Para o relator, os elementos dos autos eram suficientes para destacar que no Porto de Santos a regulamentação prevê a entrega imediata de contêineres do operador portuário para o Recinto Alfandegado, de acordo com o regime DT-e. Se há falha por parte do Recinto

Alfandegado, o operador portuário incorre em custos adicionais de movimentação e armazenagem de carga. A taxa incentiva a eficiência do trânsito portuário e impede a conduta oportunista de “free riding” por parte dos RAs, que poderiam ocupar indevidamente o espaço do operador portuário com suas cargas. A cobrança pela entrega postergada é excepcional ao conjunto de operações no porto, de sorte que não poderia incrementar custos de rivais.

Assim, Burnier concluiu que a cobrança de movimentação de contêineres por entrega postergada tem racionalidade econômica legítima, não estando configurada infração à ordem econômica. O voto foi acompanhado por unanimidade pelo Conselho e o caso foi arquivado.

CADE INICIA JULGAMENTO DE THC2 PRATICADO PELA RODRIMAR

O Tribunal do CADE deu início ao julgamento do Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, da lavra do conselheiro Paulo Burnier, que trata de representação proposta pela Marimex em desfavor da Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais (“Rodrimar”). No caso, discute-se a legitimidade da cobrança a título de ressarcimento das despesas administrativas e operacionais decorrentes da segregação e entrega de cargas aos RAs localizados na área de influência do Porto de Santos.

Segundo a Marimex tal cobrança seria uma duplicação da Terminal Handling Charge (daí o apelido “THC2”), que foi analisada e condenada no Processo Administrativo n.º 08012.007443/1999-17, julgado em 2005.

O parecer da Superintendência-Geral pugnou pelo reconhecimento da infração na cobrança da taxa até 2012, data de advento de resolução da ANTAQ que disciplinou a THC2 como cobrança legítima pela regulação setorial. Burnier divergiu da posição da Superintendência, por reconhecer ilegalidade mesmo aos atos praticados ao tempo da Resolução da ANTAQ. O relator Burnier discorreu a respeito do alcance da regulação setorial, que determina o limite da isenção antitruste e da atuação dos agentes regulados, analisando parâmetros da jurisprudência e da doutrina internacional. Com a cobrança da THC2, a Rodrimar se qualificou nos mesmo elementos que configuraram a condenação anterior pelo CADE, qual seja, a detenção de poder de mercado derivado do controle sobre as cargas em seu terminal e a possibilidade de incrementar o custo do Recinto Alfandegado com tal cobrança, em benefício de sua própria atividade no mercado de armazenagem de contêineres.

Como resultado, o relator votou pela aplicação de multa no valor de R\$ 972 mil, correspondente a 0,5% de seu faturamento. Para Burnier, o fato da Rodrimar seguir a resolução da ANTAQ é hipótese de mitigação de pena por boa-fé do agente infrator. O julgamento do caso foi suspenso por pedido de vista da conselheira Cristiane Schmidt.

CADE INICIA JULGAMENTO DE CLÁUSULA DE RAIOS EM SHOPPING CENTERS

O Tribunal do CADE deu início ao julgamento do Processo Administrativo que apura a legalidade de imposição de cláusula de raio em contratos de locação de espaços comerciais em shopping centers localizados na cidade de Porto Alegre – RS (PA nº 08012.012740/2007-46). As representadas atuam na locação de espaços nos shoppings Praia de Belas, Moinhos, Iguatemi, Bourbon e Rua da Praia.

O Processo Administrativo teve origem em 2007, a partir de denúncia encaminhada ao CADE pela Procuradoria da República do Rio Grande do Sul. O representante do MPF pediu a palavra para comentar seu parecer nos autos que pugna pela avaliação da cláusula de raio como um ilícito “per se”. Por sua vez, o relator Oliveira Jr. propôs uma avaliação segundo a regra da razão, indicando que a

cláusula de raio, ao obrigar o lojista locatário a não exercer as mesmas atividades em estabelecimentos situados a determinado raio de distância, pode apresentar efeito anticompetitivo.

Para o relator, as cláusulas no caso concreto tinham o potencial de fechar o mercado, unilateralmente e por tempo indeterminado, em uma área equivalente à quase a totalidade da cidade de Porto Alegre. Ademais, apontou certo grau de discriminação na conduta que era imposta nos contratos com lojistas de menor porte, numa espécie de contrato-adesão, sem uma negociação efetiva das cláusulas. Nesse sentido, Oliveira Jr. votou pela condenação dos administradores responsáveis pelos shoppings ao pagamento de multa, determinando, ainda, a exclusão das cláusulas de raio, de qualquer teor dos contratos de locação de espaço comercial.

O julgamento do processo administrativo foi suspenso em razão de pedido de vista do conselheiro João Paulo de Resende. Por sua vez, a conselheira Cristiane Schmidt antecipou seu voto, acompanhando o Relator quanto ao dispositivo, mas divergiu quanto à fundamentação. Para a conselheira, o caso é de aplicação de regra *per se*, não *regra da razão*. A Conselheira propôs, ainda, que, caso o CADE não concorde com a aplicação irrestrita da regra de ilicitude *per se*, atue positivamente, fixando parâmetros considerados razoáveis para tais cláusulas, em sinalização que oriente os agentes privados e reduza os custos de *enforcement*.

TRIBUNAL APROVA TCC SOBRE RAIOS COM A NORTH SHOPPING FORTALEZA

Outro caso envolvendo shopping centers foi julgado na Sessão, em sede de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), pleiteado pelo North Shopping Fortaleza (Requerimento 08700.003364/2016-31). O Requerimento foi homologado por maioria, sendo vencido o conselheiro João Paulo de Resende, que não votou pela homologação porque pediu vista do processo anterior relativo à cláusula de raio.

O TCC suspendeu o Processo Administrativo 08700.004938/2014-27, que investigava denúncia de cláusula abusiva de raio feita pela Opção Jeans, uma das locatárias junto ao North Shopping Fortaleza. Pelo TCC, o empreendimento admite participação na conduta e irá recolher contribuição pecuniária no valor de R\$ 462,3 mil. O shopping terá 60 dias para reforma da cláusula, reduzindo o raio para 2Km, pelo prazo máximo de 5 anos e limitada ao ramo e mesma marca da loja instalada no shopping.

CADE CELEBRA TCC COM MAHLE NO CARTEL DE SISTEMAS TÉRMICOS AUTOMOTIVOS

O Tribunal do CADE acolheu por unanimidade voto do conselheiro Marcio Oliveira Jr. pela homologação do Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação negociado pela Superintendência-Geral com a Mahle Behr Brasil Ltda nos autos do PA 08700.010323/2012-78, que investiga cartel no mercado de sistemas térmicos automotivos.

O TCC contempla a admissão da conduta pela Mahle e a colaboração da mesma com o fornecimento de provas e histórico da conduta. A empresa se comprometeu ao pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 24,903 milhões. Também foi estipulada cláusula de adesão de pessoas físicas eventualmente envolvidas na conduta praticada pela empresa.

O conselheiro João Paulo divergiu da maioria dos conselheiros no tocante ao valor da contribuição pecuniária, por não guardar relação de proporcionalidade com o impacto da prática e vantagem auferida pela empresa. Segundo o Conselheiro, o alegado cartel teria durado mais de 10 anos e a multa deveria ser arbitrada a partir do máximo legal (20%) e não segundo o percentual de 13% do faturamento de um único ano.