

BOLETIM INFORMATIVO Nº 116

96ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE

Sessão realizada em 07 de dezembro de 2016. Pautas, atas e áudio da Sessão disponíveis em www.cade.gov.br

PRINCIPAIS DESTAQUES

Superintendência abre novas investigações do caso “Lava Jato”

CADE conclui julgamento do caso GEMINI

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.

Destaque do CADE

Tribunal se despede de dois membros

O início da sessão de julgamento foi marcado pelo cerimonial para despedidas do Presidente interino Márcio de Oliveira Jr e do Representante do Ministério Público no CADE, Dr. Lafayette Josué Petter. O primeiro tem mandato com término em 15.01.2017 e o segundo teve seu mandato encerrado em 21.12.2016.

CADE abre Consulta Pública sobre Reparação de Danos derivados de conduta anticoncorrencial

O Tribunal do CADE aprovou a instauração de Consulta Pública para contribuições a respeito de nova resolução sobre reparação de danos por infração à ordem econômica.

A minuta disponibilizada trata dos procedimentos para acesso a documentos provenientes de acordos de leniência, de Termos de Compromisso de Cessação – TCCs e de operações de busca e apreensão. Define, ainda, o que poderá ser considerado público ou confidencial conforme as fases processuais da investigação no CADE.

A minuta da resolução está aberta a contribuições de toda a sociedade até o dia 06 de fevereiro. As sugestões devem ser enviadas pelo endereço eletrônico consultapublica52016@cade.gov.br.

Procuradoria do CADE define a necessidade de alegações finais em consulta interna

Atendendo a uma consulta interna da conselheira Cristiane Alkmin no bojo do Processo Administrativo nº 08012.010744/200871 – que trata de investigação sobre cartel do leite – a Procuradoria do CADE se manifestou

sobre a necessidade de abertura de prazo para alegações finais nas hipóteses em que o conselheiro

promova instrução complementar para apurar dados de faturamento de representados ou de elementos para quantificação da “vantagem auferida” decorrente da infração antitruste.

Para a Procuradoria do CADE, o requerimento de faturamento referente ao ano anterior à instauração do processo administrativo trata-se de mera requisição de informações, nos termos do art. 18, inciso III, do Regimento Interno, sem qualquer relação sobre a materialidade da conduta, não ensejando necessidade de reabertura de oportunidade para defesa.

Já nos casos em que Conselheiro Relator entenda que o cálculo da multa deve espelhar a vantagem auferida, sendo pertinente a requisição de diversos faturamentos e informações, a Procuradoria sugere seja dada às partes a oportunidade de manifestação em alegações finais.

Destaques do Poder Judiciário

TRF1 reafirma discricionariedade do CADE para celebração e TCC

Ao examinar os autos da Apelação nº 0060678-44.2013.4.01.3400, a Quinta Turma do TRF1 adotou por unanimidade o voto do relator Des. Néviton Guedes pelo não provimento da apelação promovida por empresa condenada pelo CADE que pleiteava no Judiciário o reconhecimento de direito a celebração de Termo de Compromisso de Cessação em casos de cartel.

O Desembargador-relator declarou que a Lei 10.149/2000 excluiu de forma expressa a possibilidade de utilização do instituto do compromisso de cessação nos casos de cartel. Somente em 2007, com a edição da Lei 11.482, o legislador alteraria a redação do § 5º e extirparia as restrições até então em vigor. Dessa forma, concluiu pela impossibilidade de celebração de compromisso de cessação de conduta, em conformidade com a legislação vigente na época dos fatos, por se tratar de cartel ocorrido entre maio de 2006 e março de 2007.

Por fim, afirmou que o compromisso de cessação representa ato jurídico que envolve a concordância das partes, não havendo obrigatoriedade de celebração do ajuste caso o ente público o repete inoportuno ou inconveniente ao interesse público, conforme o caput do art. 85 da Lei 12.529/2011.

Destaques da Superintendência-Geral do CADE

Superintendência instaura investigação contra cartões de crédito após representação de associações de varejistas

A Superintendência-Geral instaurou Procedimento Preparatório nº 08700.007817/201607, contra Cielo S/A, Elo Serviços, Companhia Brasileira de Soluções e Serviços S/A (Alelo), American Express do Brasil, Banco Bradesco S/A, Banco do Brasil S/A e Caixa Econômica Federal., por abuso de posição dominante no mercado relevante de aquisição de cartões. A investigação foi iniciada por representação das associações de varejistas: ALSHOP, ABRASEL, ABRAS, ANAMACO, CNDL, CACB e ABAD.

Segundo a representação, a abertura do mercado de aquisição promovida no ano de 2010 se mostrou insuficiente para gerar os efeitos desejados, não tendo as transformações esperadas chegado ao dia

a dia do varejo, uma vez que as operadoras dominantes no mercado não teriam aberto mão da exclusividade de bandeiras.

Dentre as práticas discriminatórias, a representação cita a imposição de serviços e condições em função de ofertas de produtos que lhe são exclusivos e ações em que os bancos passam a discriminar lojistas que mudam de credenciadoras, citando casos de retaliações sofridas por aqueles que tentaram descontratar a Cielo.

Superintendência firma acordo de leniência com Andrade Gutierrez e Carioca Engenharia e abre três novas investigações de cartel em licitações

A Superintendência instaurou Inquéritos e Processo Administrativo voltados a apurar cartel em licitações públicas. Tais investigações são desdobramentos da “Operação Lava Jato”, tendo sido embasadas por acordos de leniência com a Andrade Gutierrez Engenharia S/A e com a Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S/A.

O Inquérito Administrativo nº 08700.007777/2016-95 investiga suposto cartel em concorrências públicas realizadas pela Petrobras para contratação de serviços de engenharia e construção civil predial: Centro de Pesquisas Leopoldo Américo Miguez de Mello (Novo Cenpes), Centro Integrado de Processamento de Dados da Tecnologia da Informação (CIPD), ambos localizados no Rio de Janeiro, e da Sede da Petrobras de Vitória (Sede de Vitória), no Espírito Santo.

O Inquérito Administrativo nº 08700.006630/2016-88 investiga cartel no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas destinadas à Copa do Mundo do Brasil de 2014.

Por fim, o Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41 investiga cartel na licitação para obras públicas de urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Mangueiras e da Comunidade da Rocinha, realizada pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro e financiada com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

Superintendência abre investigação no mercado de câmbio brasileiro

A Superintendência-Geral determinou a instauração de Processo Administrativo nº 08700.008182/2016-57 para investigar suposto cartel no mercado *onshore* de câmbio brasileiro, envolvendo o Real (BRL). As condutas anticompetitivas, segundo os indícios levantados, ocorreram principalmente nos mercados de câmbio à vista (FX Spot Market ou spot) e de futuros (derivativos).

A investigação abrange dez instituições financeiras sediadas no Brasil e 19 de seus funcionários e/ou ex-funcionários. Segundo a SG, há fortes indícios de conduta anticompetitiva com relação a pelo menos cinco bancos: Banco BBM S/A; Banco BNP Paribas Brasil S/A; Banco BTG Pactual S/A; Banco Citibank S/A; e HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo. Além disso, há indícios de que outros bancos também participaram, possivelmente em menor grau, dos contatos entre concorrentes: Banco ABN AMRO Real S/A; Banco Fibra S/A; Banco Itaú BBA S/A; Banco Santander (Brasil) S/A; e Banco Société Générale Brasil S/A.

Os indícios apontam que os contatos eram realizados por meio de salas de bate-papo (*chat room*) e por meio de salas de *chat* “instantâneas” da Bloomberg, tendo durado entre, pelo menos, 2008 e 2012.

Julgamentos relevantes do Tribunal do CADE**TRIBUNAL CONDENA PETROBRAS, WHITE MARTINS E GAS LOCAL POR DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE GAS NATURAL**

Em decisão unânime no mérito do ato de concentração, e por maioria no processo administrativo, o Tribunal acolheu o voto do Conselheiro Paulo Burnier no Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41 e na revisão do Ato de Concentração 08012.001015/2004-08, pela condenação e imposição de medidas estruturais contra o consórcio GEMINI e seus sócios, a saber, Petrobras, White Martins e Gás Local, em razão da verificação de práticas exclusionárias e discriminatórias no fornecimento de gás natural a preço inferior ao praticado no mercado.

O Consórcio Gemini, notificado inicialmente ao órgão em 2004, é formado pela Petrobrás, que detém 40% do negócio, e a White Martins, que possui 60%. As empresas criaram a *joint venture* Gás Local, que comercializa gás natural liquefeito (GNL). Pelo acordo, a Petrobras fornece o gás natural, que é liquefeito pela White Martins e comercializado e distribuído pela Gás Local.

À época, o Cade impôs uma série de condições para sua aprovação, tendo uma parcela sido questionada judicialmente. Em 2013, determinou a instauração de processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica e a revisão do ato de concentração. Petrobrás, White Martins e Gás Local chegaram a propor Termos de Compromisso de Cessação – TCCs, que foram considerados inconsistentes. Já a Gás Local não levou adiante sua proposta após a fase de negociações.

O relator Paulo Burnier considerou haver comprovação de que o consórcio GEMINI e a Localgás se beneficiavam de subsídios cruzados e condições de oferta de gás natural em condições que não poderiam se replicadas pelos concorrentes na distribuição, seja GNV ou GNC canalizado. Os problemas enfrentados derivam da ausência de transparência sob a política de preços de fornecimento do gás.

Como resultado, o relator votou pela confirmação das obrigações da medida preventiva imposta pelo CADE, que obriga a Petrobrás a celebrar um contrato de fornecimento com a White Martins ou com a Gás Local e dar publicidade as condições de fornecimento. Alternativamente, as representadas podem optar por assumir compromisso de cessação, estando obrigadas a operar o Consórcio Gemini em conformidade com a Nova Política de Preços - NPP da Petrobrás, de acordo com o princípio geral de não-discriminação, com o monitoramento por auditoria independente aprovada pelo CADE.

Em relação às sanções pecuniárias, Burnier votou pela aplicação de multa para a Petrobras no valor de R\$ 15,262 milhões; White Martins em R\$ 6,214 milhões, cumulada com reincidência derivada da condenação anterior n “cartel dos gases”; e Gaslocal R\$ 906 mil. As multas foram calculadas em percentual próximo do mínimo legal e levou em consideração o ramo de atividade afetado.

Em votação, Cristiane Alkmin votou pelo arquivamento do Processo Administrativo. Para ela o problema concorrencial existente no mercado pode ser regulatório e não exclusivo do consórcio. Apontou para a ausência de concorrência do consórcio com a Comgás, algo que é patente na observação do comportamento da última que não perdeu mercado. Para João Paulo de Resende a infração se iniciou em 2010, quando o consórcio deixou de seguir as condições de fornecimentos aventadas no ato de concentração original. A partir daí a ausência de transparência de preços e a possibilidade de discriminação resultaram em dano potencial da conduta com impedimento de crescimento da Comgás no mercado de gás natural canalizado. Votou, então, pela condenação e apresentando medida

estrutural alternativa. Tanto Cristiane quanto João Paulo de Resende foram vencidos. Gilvandro estava impedido.

No mérito do Ato de Concentração, todos os conselheiros seguiram o relator no entendimento de que a restrição imposta pelo CADE não foi cumprida. Dessa forma, foram impostas as medidas imputadas no Processo Administrativo como condição de aprovação do ato de concentração.

TRIBUNAL CONCLUI JULGAMENTO DO CARTEL DO GÁS DE COZINHA NO PARÁ

O Tribunal do CADE concluiu o julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51, de relatoria da Conselheira Cristiane Schmidt, que investigou cartel no mercado de distribuidores de botijões de GLP no Estado do Pará. O processo foi iniciado por representação da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF – a partir de denúncia da Federação Nacional de Gás Liquefeito de Petróleo (Fergás) sobre a prática de supostas condutas anticompetitivas por distribuidoras de GLP no Estado do Pará.

Supergasbrás e Tropicás celebraram TCCs com o CADE. A Paragás teve pedido de TCC rejeitado em razão de o pedido ser tardio e posterior à produção dos pareceres da ProCADE e MPF que encerraram definitivamente a instrução do feito.

No primeiro julgamento, a relatora apontou que a materialidade da conduta foi observada por meio de DVD contendo gravações efetuadas pela revendedora Gacibel, que contém conversas entre representantes das distribuidoras acertando preços.

Caracterizada a conduta pelas gravações, a Relatora se dedicou a expor uma nova metodologia para cálculo da vantagem auferida pela empresa em face do cartel, fator que levou em consideração para arbitrar o valor da multa em cerca de R\$ 64 milhões. A metodologia empregada pela Conselheira motivou pedido de vista do Conselheiro Márcio Oliveira Jr.

No voto-vista, Márcio de Oliveira Jr votou no mérito com a relatora, reforçando os elementos de prova com outras passagens e transcrições de oitivas. Em relação à vantagem auferida, Oliveira Jr considerou que não há direito da Paragás de gozar de benefícios e parâmetros dos TCCs previamente celebrados por outros representados. A seguir, traçou críticas aos modelos econométricos de cálculo de dano de cartel apresentados pela Conselheira e afirmou que o CADE deve seguir práticas adotadas por outras autoridades antitruste que não aplicam multas com base na vantagem auferida.

A votação foi tomada por discussão entre conselheiros sobre as teses de cálculo de multas com base em dano auferido. Como resultado final, os conselheiros votaram com o voto-vista.

TRIBUNAL CELEBRA TCC COM BANCOS EM CARTEL DO CÂMBIO

O Tribunal do CADE homologou cinco Termos de Compromisso de Cessação – TCCs em investigação de formação de cartel no mercado de câmbio no exterior (*offshore*), envolvendo o real e moedas estrangeiras, além de manipulação de índices de referência de mercado de câmbio (PA 08700.004633/2015-04).

Celebraram acordos com o Cade as instituições bancárias Barclays PLC, Citicorp, Deutsche Bank S/A Banco Alemão, HSBC Bank PLC e JP Morgan Chase & CO. Pelos TCCs, negociados no âmbito da Superintendência-Geral, as partes também admitiram participação em condutas anticompetitivas, se comprometeram a cessar a prática e colaboraram com provas.

Foram arbitradas as seguintes contribuições pecuniárias: Barclays PLC, R\$ 21,1 milhões; Deutsche Bank S/A Banco Alemão, R\$ 41 milhões; HSBC, R\$ 18 milhões; JP Morgan, R\$ 14 milhões e Citicorp em R\$ 80 milhões.

CADE INICIA JULGAMENTO DO CARTEL DO LEITE

O Tribunal do CADE deu início ao julgamento do Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71, de relatoria de Cristiane Alkmin, que versa sobre investigação de cartel de produtores de Leite na região de Pelotas/RS.

O processo teve início no inquérito Policial (IPL) n.º 051/2004, instaurado pela Delegacia de Polícia Federal, em Pelotas/RS, para apurar denúncia apresentada pelo Sr. Pedro Silveira, produtor de leite da região, que denunciou suposto acordo para fixação de preços do leite pasteurizado Tipo C.

Em sua investigação, a Polícia Federal recorreu à infiltração e à gravação ambiental na sede da empresa Cosulati, em Pelotas/RS, de reunião realizada no dia 18/08/2004. Conforme se depreende dos autos, a reunião, monitorada pela Polícia Federal, teve como objetivo “fixar preços de revenda do leite tipo C”. Afirma-se, ainda, que as empresas buscaram pressionar os pequenos produtores responsáveis por micro usinas concorrentes a se adequarem ao comportamento das maiores empresas do mercado.

Cristiane ressaltou que as pequenas produtoras deveriam ter denunciado a ameaça as autoridades. Ao aderir ao acordo, passaram a ser partícipes da conduta de cartel.

Caracterizada a materializada da conduta com fartos elementos emprestados do inquérito policial, a relatora votou pela condenação das empresas Elegê, Cosulati, Coopal, Santa Silvana e Thurmer, além de dez pessoas físicas: Alex Sander Guarnieri Ramos e Michele Correa Laydner da Elegê; Osmar Krause, Edemar Xavier Silveira, Everson Daniel do Amaral Nunes e Jorge Luiz Almeida da Silva da Consulati; Enilton Sell Wolter da Coopal; Adilson Uarthe da Santa Silvana; Maura Thurmer Leitzke e Paulo César Leitzke da Thurmer.

Na dosimetria, realizou cálculo da vantagem auferida. Porém, afirmou ter adotado os percentuais aplicados em outros precedentes do CADE, modulando ao ramo de atividade e ao faturamento local. Concluiu pela aplicação das seguintes multas: Elegê – 4,9 milhões; Coopal – 1,1 milhão; Consulati – 135 mil.; Thurmer – 135 mil e Santa Silvana – 63 mil. O conselheiro Gilvandro Araújo pediu vista para analisar a dosimetria das multas, suspendendo o julgamento.

CADE INICIA JULGAMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DE CONDUTA POR PARTE DE SINDICATOS DE TRANSPORTADORES DE GRANÉIS

O Tribunal do CADE deu início ao julgamento do Processo Administrativo n. 08012.000504/2005-15, em desfavor da ACTA - Associação Comercial dos Transportadores Autônomos e do SINDGRAN - Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel de Santos, por coordenação da

distribuição de frete rodoviário, tabelamento dos referidos serviços e conseqüente aumento abusivo de preço do frete e tentativa de domínio de mercado. O processo é de relatoria de Cristiane Alkmin.

No início da investigação, o CADE impôs medida preventiva que, em suma, determinou às associações que se abstivessem de impor: (1) tabelas de preços aos associados; e (2) condições anticompetitivas ou quaisquer outros atos que impeçam a livre contratação de caminhões, caminhoneiros e transportadores para o transporte rodoviário de cargas (tanto no frete de curta distância, como na modalidade longa distância). Segundo o CADE, tal determinação nunca foi cumprida pelas associações.

ACTA e o SINDGRAN apresentaram Requerimentos de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no âmbito do PA n. 08012.000504/2005-15, mas as propostas não se mostraram oportunas e convenientes, em especial quanto ao endereçamento das obrigações sobre os terrenos de Guarujá e Santos, que serviram aos sindicatos para controle do tráfego de caminhões aos terminais públicos Termag e Pérola.

A relatora encontrou evidências suficientes de que as representadas promoveram a inviabilização direta da atuação de concorrentes no desenvolvimento da atividade econômica do transporte rodoviário de cargas a granel, tanto na modalidade “frete vira” (transporte local – entre os cais e armazéns da área portuária), em que seria completa a vedação à concorrência, quanto na modalidade “longa distância”, em que seria permitida a contratação de 20% de transportadores não vinculados à ACTA.

Cristiane destacou, ainda, a fixação unilateral de preços de frete por meio de tabelas, de observância obrigatória aos associados e aos concorrentes cuja atuação se chegava a permitir. Além disso, as associações cobravam a intermediação na contratação de serviços de frete rodoviário de granéis sólidos – os importadores teriam de contratar transportadoras associadas (ou caminhoneiros autônomos sindicalizados) à ACTA e, mesmo quando contratassem concorrentes, deveriam adotar os preços por ela arbitrados.

Como resultado, a relatora votou pela condenação da ACTA em multa no valor de R\$ 3,192 milhões e ao Sindigran no valor de R\$ 1,064 milhões.

Alexandre Cordeiro pediu vista do processo suspendendo o julgamento.