

# BOLETIM INFORMATIVO Nº 105

## 85ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE

Sessão realizada em 11 de maio de 2016. Pautas, atas e áudio da Sessão disponíveis em [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)

### PRINCIPAIS DESTAQUES

*Superintendência instaura processos contra cartel em tubos e conexões*

*CADE aprova, mediante restrições, a constituição de joint venture entre SBT, Record e RedeTV*

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](http://www.ajdc.com.br)  
[advocacia@ajdc.com.br](mailto:advocacia@ajdc.com.br)

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

### Destques do CADE

#### CADE abre consultas públicas sobre Resoluções

O Tribunal do CADE abriu prazo até 31 de maio para consulta pública (Consulta Pública nº 02/2016) de minuta de nova resolução para disciplinar as hipóteses de notificação de contratos associativos celebrados entre empresas que preenchem os critérios de faturamento da Lei 12.529/11.

Outra consulta pública (Consulta Pública nº 01/2016), com mesmo prazo para contribuições, foi homologada pelo Tribunal para alterar a redação do artigo 7º da Resolução CADE nº 02/2012, estabelecendo prazo de 30 dias para análise de atos de concentração notificados à autarquia pelo procedimento sumário.

#### Aprovado Guia de Termo de Compromisso de Cessação

O Tribunal homologou a redação final e publicação do Guia de Termos de Compromisso de Cessação – TCC para casos de cartel. O Guia servirá como parâmetro para a atuação do CADE em negociações sobre investigações envolvendo o assunto. O documento recebeu contribuições entre 20 de janeiro e 31 de março deste ano.

### Poder Judiciário

#### JFDF suspende decisão do CADE contra Tecon Salvador sem necessidade de caução

O Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara Federal de Brasília, deferiu antecipação de tutela na ação anulatória promovida pelo Tecon Salvador S/A (AO nº 0025182-46.2016.4.01.3400), para sustar liminarmente

os efeitos da decisão condenatória do CADE nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84.

O Tecon Salvador impugnou decisão do CADE que lhe impôs sanções decorrentes da cobrança de taxa pelo serviço de segregação e entrega de contêineres - THC2 - Terminal Handling Charge 2.

Segundo o Juiz Federal, a decisão do CADE está equivocada e já foi objeto de julgamento pelo TRF1, que decidiu pela legalidade da cobrança da THC2 não somente a partir da edição da Resolução ANTAQ nº 2.389/2012 de 2012, que declarou expressamente a legitimidade da cobrança, mas desde a instituição do regime de concessão.

Como resultado, com base na jurisprudência do TRF1, o Juiz deferiu liminar para sustar todos os efeitos da decisão proferida pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84, independentemente de garantia em vista da ilegalidade da decisão.

### **TRF reverte decisão do CADE que aplicou multa por cartel no mercado de TV por assinatura**

A 5ª Turma do TRF da 1ª Região julgou o recurso de Apelação nº 2005.34.00.030540-3/DF interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ordinária ajuizada por DR Empresa de Distribuição e Recepção de TV Ltda. (“DR”) e Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda. (“BTV”) contra o CADE, em que se buscou a declaração de nulidade do Procedimento Administrativo nº 53500.003888/2001.

O referido PA nº 53500.003888/2001, julgado pelo CADE, teve por objeto a análise de conduta concertada entre DR e BTV, que passaram a atuar como uma firma só, muito embora ainda não tivessem obtido anuência prévia da ANATEL, ou notificado o ato ao CADE. Por tal razão, o CADE, em 24.08.2005, condenou a DR e a BTV pela prática de cartel, determinando o pagamento de multas de 25% e 20% do faturamento de cada uma, respectivamente. Adicionalmente, o CADE determinou que as empresas notificassem a operação nos moldes do então modelo de análise de atos de concentração (a posteriori).

A decisão do CADE foi confirmada em primeira instância. Na apelação, a DR e a BTV argumentaram pelo cerceamento de defesa, dado que teria havido negativa do CADE e da Anatel ao acesso a documentos confidenciais obtidos na instrução do processo administrativo.

O Desembargador Federal Souza Prudente, ao julgar o recurso, entendeu que as empresas foram de fato feridas em seu direito de defesa ao não poderem dispor de acesso a material confidencial juntado no bojo do processo administrativo no CADE, sendo que o acesso somente lhes fora facultado após o cumprimento da decisão proferida pelo TRF1 no bojo do Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.066074-0/DF. Tal circunstância, por si só, caracterizaria cerceamento de defesa, por inviabilizar a plena ciência do conteúdo de tais documentos e, por conseguinte, o manejo de eventual impugnação.

Souza Prudente registrou que o fato de que tais documentos não teriam influenciado na decisão tomada pelo CADE, de acordo com o que foi postulado pelo CADE, afigura-se irrelevante para o deslinde da questão posta em juízo.

Com estas considerações, o recurso de apelação foi provido, e a decisão proferida nos autos do Procedimento Administrativo nº 53500.003888/2001, bem como a multa imposta às empresas, foram anuladas.

## Destaques da Superintendência-Geral do CADE

### **Superintendência instaura investigação de cartel em mercado de tubos e conexões**

A Superintendência-Geral instaurou dois processos administrativos para investigar supostas práticas de cartel no mercado nacional de tubos e conexões.

O Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60 foi instaurado para apurar cartel no mercado nacional de tubos e conexões do tipo PVC. Nesse PA, estão sendo investigadas as empresas Amanco Brasil Ltda., Asperbras Tubos e Conexões Ltda., Bianchini Indústria de Plásticos Ltda, Cardinali Tubos e Conexões S.A., Corr Plastik Industrial Ltda., Hidroplast Indústria e Comércio Ltda., Krona Tubos e Conexões S/A, Mizu Comércio de Materiais Hidráulicos Ltda., Nicoll Indústria Plástica Ltda., Plásticos Vipal S/A, Plastilit Comercial de Plásticos Ltda. – ME, Tigre S/A Tubos e Conexões e Tubozan Comércio e Representação Ltda., além de 29 pessoas físicas ligadas a essas companhias. De acordo com a nota técnica da Superintendência, há indícios de condutas anticompetitivas no mercado de infraestrutura de saneamento (esgoto e água) consistentes em (i) acordos de fixação de preços e (ii) acordos de divisão de clientes e/ou lotes em licitações públicas; bem como fortes indícios da prática de condutas anticompetitivas no mercado de obras prediais consistentes em (i) acordos de fixação de preços; (ii) acordos de divisão de clientes; e (iii) compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis sobre preços.

O segundo Processo Administrativo (PA nº 08700.003396/2016-37) investiga suposto cartel no mercado nacional de tubos e conexões do tipo PEAD. Estão sendo investigadas a Brastubo Indústria e Comércio Ltda., FGS Brasil Indústria e Comércio Ltda., Polierg Indústria e Comércio Ltda., Poly Easy do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Tigre S/A Tubos e Conexões, além de 17 pessoas físicas ligadas às empresas. A Superintendência aponta evidências de acordos de fixação de preços e de divisão de clientes, viabilizados através de reuniões e contatos telefônicos entre funcionários de nível gerencial das empresas, com autorização de membros da diretoria. Teria havido ainda troca de e-mails para discutir licitações específicas, com envio de planilhas para fixação de preços e divisão de clientes e/ou lotes.

### **Superintendência Geral instaura investigação para apurar operações efetuadas entre IFood e RestauranteWeb**

A Superintendência Geral abriu Procedimento Preparatório para averiguar operações de aquisições realizadas pela IFood que não foram notificadas ao CADE e estariam repercutindo em abuso de posição dominante (PP nº 08700.011006/2015-11).

A Superintendência recebeu denúncia da FeijoadaCity, empresa que atua em vendas online, a qual alegou que, antes da fusão entre IFood e RestauranteWeb, o contrato com a IFood não estaria sendo respeitado e a empresa teria sido excluída da plataforma de vendas online. A empresa ainda destacou que a IFood deteria 80% do mercado nacional e teria adquirido as empresas Deliveria e Central do Delivery.

A Superintendência, então, expediu ofícios às empresas denunciadas para prestarem esclarecimentos sobre operações de aquisição no setor.

## **Superintendência aprova operação entre empresas que atuam no Brasil com produção no exterior**

A Superintendência-Geral do CADE aprovou o Ato de Concentração nº 08700.003188/2016-38, que trata da aquisição da Alusa pela Amcor, por meio de suas subsidiárias integrais indiretas. Ambas as empresas atuam no setor de embalagens flexíveis no Brasil. Enquanto a maior parte dos produtos vendidos pelo Grupo Amcor é fabricada no exterior, a Alusa atua exclusivamente através de importações.

A Superintendência-Geral considerou ser o mercado relevante de embalagens flexíveis bastante fragmentado no Brasil, sendo a participação conjunta das partes inferior a 10%. Por essa razão, a operação foi aprovada sem restrições no rito sumário.

## **Julgamentos relevantes do Tribunal do CADE**

### **CADE APROVA JOINT VENTURE ENTRE SBT, RECORD E REDETV COM RESTRIÇÕES**

O Tribunal do CADE concluiu o julgamento do Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21, que trata da formação de uma joint-venture entre SBT, Record e RedeTV para atuar no licenciamento de canais de programação para prestadoras de serviços de TV por assinatura. A joint-venture objetiva permitir o licenciamento conjunto dos canais de TV aberta das Requerentes para as operadoras de TV por assinatura.

Na sessão de julgamento inicia, a Conselheira Relatora Cristiane Alkmin sustentou, em detalhado voto, que a operação teria como único propósito o acordo horizontal entre concorrentes para formação de preço na venda de conteúdo, sem qualquer eficiência demonstrada.

A Relatora adotou a segmentação do mercado por gênero de canais, agregando no mercado relevante na dimensão produto os canais de TV aberta. Nessa agregação, as Requerentes atingiriam com a joint-venture concentração em torno de 28-35%, num mercado já muito concentrado com a presença da Globo detendo mais de 50% de participação.

Segundo Cristiane Alkmin, a operação acarretaria provável incremento do risco de exercício de poder de mercado pelas Requerentes. Ela destacou que as condições estabelecidas pela doutrina e jurisprudência internacional para a sustentação da tese de criação de poder compensatório, além de muito questionáveis em abstrato, não foram demonstradas pelas Requerentes em concreto. Nesse sentido, identificou-se um risco substantivo de incremento de preços aos consumidores finais e redução da concorrência entre operadoras de TV por assinatura, já que operadoras de pequeno porte seriam ainda mais afetadas. Por essas razões, votou pela reprovação da operação.

Após análise detalhada dos mercados de TV aberta e TV por assinatura, Cristiane Alkmin recomendou que a Anatel e a Ancine adotassem medidas para reversão das condições assimétricas de negociação de pequenos grupos operadores de TV por assinatura e revisão das regras de participação vertical.

Por fim, recomendou que a Superintendência-Geral instaurasse investigações para averiguar fatos noticiados nos autos de que a Globo estaria impondo a venda de pacotes de programação por assinatura atrelados aos seus canais de TV aberta, assim como averiguasse negociações em condições discriminatórias de programadores em face de pequenos operadores de TV por assinatura.

A votação foi suspensa por pedido de vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro.

Retomado o julgamento, o Tribunal aprovou a formação de uma joint venture entre SBT, Record e Rede TV mediante Acordo em Controle de Concentrações – ACC, em decisão por maioria.

Cordeiro divergiu dos fundamentos do voto da Relatora. Segundo seu voto-vista, os riscos concorrenciais da operação seriam potenciais e não seria certo que as empresas de TV aberta pudessem transferir seu poder dominante no mercado de TV por assinatura. Para Cordeiro, a operação pode ter efeitos positivos sobre a produção de conteúdo audiovisual nacional e poderia ser preservada mediante a negociação de um ACC. Ocupou-se, então, em mediar com todas as parte envolvidas, de maneira que chegou-se a um ACC com os compromissos a seguir detalhados:

- a) Para compensar eventuais problemas concorrenciais que poderiam advir da atuação conjunta de concorrentes no mercado de TV aberta, o ACC contemplou a obrigação de reinvestimento na joint venture no patamar de 2/3 da receita bruta, de maneira que a empresa passa a ter como objetivo principal geração de conteúdo audiovisual.
- b) No que diz respeito aos riscos de incremento de poder de barganha da joint venture em relação a pequenos operadores de TV por assinatura, o ACC estabeleceu que o acesso ao conteúdo produzido ou comercializado pela joint venture seja adquirido em condições favoráveis por esses agentes: estabeleceu licença gratuita para players com menos de 5% do mercado nacional e licença negociada em termos iguais ou mais benéficos que aqueles negociados com os grades *players* para operadoras que detenham menos que 5% do mercado mas que pertençam a grupo econômico com faturamento superior a R\$ 750 milhões.
- c) O ACC estabeleceu prazo de seis anos para a vigência da joint venture, a contar da assinatura do primeiro contrato com uma grande operadora, sendo permitido ao CADE rever os efeitos da operação ao final desse período.
- d) Para acompanhar o cumprimento das obrigações, o CADE terá acesso ao plano de negócios e aos relatórios anuais da Newco, que deverão ter idoneidade atestados por auditoria independente. Ainda durante a vigência do ACC, o órgão poderá, a qualquer momento, exigir a apresentação de dados e informações, obter colaboração técnica e realizar inspeções.

O descumprimento das obrigações pode resultar em multa conjunta de até R\$ 1,5 milhão, a ser revertido ao Fundo de Direitos Difusos – FDD, e na reprovação do ACC, em caso de reincidência.

A operação foi aprovada condicionada à celebração e ao cumprimento do ACC, por maioria do Tribunal, nos termos do voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro. Acompanharam a decisão os Conselheiros Paulo Burnier e Gilvandro Araújo, além do Presidente, Vinicius Marques de Carvalho.

O Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior apresentou voto vogal pela aprovação da operação sem restrições, em razão de problemas processuais que impediriam que o CADE pudesse se opor à operação sem incorrer em nulidades.

O Conselheiro João Paulo de Resende aderiu ao voto da Conselheira Relatora do caso, Cristiane Alkmin J. Schmidt, no sentido da reprovação da operação e pelas determinações de abertura de inquérito contra o grupo Globo e remessa da decisão para Ancine e Anatel.

A Advocacia José Del Chiaro representou a NeoTV neste caso e propôs os remédios para proteção das pequenas operadoras de TV por assinatura.

## CADE APROVA JOINT VENTURE ENTRE ITAÚ E MASTERCARD COM RESTRIÇÕES

O Tribunal do CADE aprovou com restrições, em decisão por maioria que seguiu o voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier, o Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 que tratou da constituição de uma joint venture entre Itaú Unibanco e Mastercard para a criação de uma nova bandeira de cartão de débito e crédito no mercado brasileiro.

Ao analisar o mercado de soluções de pagamento, Paulo Burnier convergiu com as preocupações concorrenciais levantadas pela Superintendência Geral sobre o incremento poder de mercado decorrente da relação vertical da Mastercard com o Itaú e sobre a possibilidade de discriminação de credenciadoras de cartões em benefício da joint venture.

Burnier destacou que a Mastercard tem total incentivo para transferir suas estratégias de expansão à joint venture em lugar de outros credenciadores, gerando um efeito de migração forçada ou tombamento de base de clientes, bem como o Itaú teria incentivos para dar preferência a emissão de cartões de bandeira Mastercard ao invés de outras bandeiras concorrentes.

Ao avaliar as eficiências econômicas apresentadas, o Relator descartou que elas pudessem suplantar os efeitos negativos gerados pela operação. O Relator criticou, ainda, que Itaú e Mastercard apenas apresentaram propostas de compromissos comportamentais que se mostrariam insuficientes para reverter ou impedir efeitos anticoncorrenciais, de maneira que optou pela aplicação de restrições voltadas a mudanças de redação de cláusulas dos contratos que regem a constituição e gestão da joint venture:

- a) Para evitar o “tombamento” dos atuais clientes portadores de cartões Itaú de bandeira Mastercard para a nova bandeira, Burnier determinou que seja criada mais uma marca de cartão de pagamentos, que não poderá remeter ao Itaú Unibanco ou à Mastercard.
- b) Outra restrição é a criação de regras de governança corporativas e a instituição de conselheiros independentes, além da retirada do poder de veto do Itaú sobre assuntos estratégicos da nova empresa.
- c) O prazo de vigência da joint venture foi reduzido para sete anos, permitindo ao CADE rever novamente a operação ao término do prazo.
- d) Por fim, Itaú Unibanco e Mastercard concordaram em ajustar o contrato para divulgar para todo o mercado as taxas únicas praticadas, além de informar a cada credenciador o valor da parcela referente à taxa de intercâmbio repassada ao emissor do cartão.

Ao aprovar a operação com restrições, Burnier recomendou à Superintendência-Geral a análise do contrato de prestação de serviços de processamento de transações dos cartões Hipercard mediante utilização do sistema Banknet, que foi celebrado no curso da instrução. Tal investigação tem o condão de averiguar eventual “gun jumping”.

Em votação, a maioria acompanhou o Relator. A única exceção foi o Conselheiro João Paulo de Resende, que votou pela rejeição da operação. Para Resende, o propósito da joint venture seria assegurar altas margens de lucro à Mastercard, enquanto o Itaú obteria vantagens na cobrança de taxas interbancárias e potencial para discriminar rivais.

## **INICIADO JULGAMENTO SOBRE *BIS IN IDEM* EM PROCESSO DE SHAM LITIGATION**

O Tribunal do CADE deu início ao julgamento do Processo Administrativo nº 08012.000778/2011-52, de relatoria do Conselheiro Marcio Oliveira Junior, que trata de possível abuso do direito de petição com fim anticompetitivo por parte das empresas MC 3 Vídeo Produções Ltda., Léo Produções e Publicidade Ltda., Shop Tour International e Shop Tour TV, assim como pela pessoa natural Luiz Antônio Cury Galebe, no mercado de programas de vendas e promoções veiculados em emissoras de televisão a nível nacional.

O processo foi instaurado em razão de determinação feita no âmbito do julgamento do Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, ocorrido em 15.12.2010, no qual a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. foram condenadas pela mesma prática. No julgamento, foi determinado que a então SDE deveria instaurar investigação para averiguar se outras pessoas físicas ou jurídicas relacionadas ao grupo Shop Tour também teriam praticado a mesma conduta anticompetitiva.

A defesa alegou que seria juridicamente inviável a instauração do presente Processo Administrativo em desfavor de pessoas que não integraram o outro processo, existindo suposto litisconsórcio passivo necessário. A defesa argumentou que as empresas fariam parte do mesmo grupo e a aplicação de condenação resultaria em “bis in idem”. Por fim, no mérito, alegou que seria impossível caracterizar a prática como “sham litigation”, uma vez que, para que a conduta ocorresse, seria necessário que as ações fossem desprovidas de qualquer razoabilidade, o que não teria acontecido nas ações ajuizadas pelos Representados.

Marcio Oliveira Jr. refutou as teses da defesa. Para o Relator, as empresas e a pessoa física investigadas são distintas da empresa anteriormente condenada e seriam passíveis de condenação individualmente. Por não guardarem relação de grupo econômico, não caberia a tese de “bis in idem”. No mérito, destacou que as provas emprestadas do processo anterior revelaram que as empresas e a pessoa física promoveram ações judiciais para impedir lançamentos de rivais ou mesmo a continuidade de programas de TV rivais, mesmo quando cientes da derrota de seus fundamentos em outras ações. O ingresso de ação sob causa infundada com a finalidade de impedir ou embaraçar a entrada de programa de TV rival é caracterizador da conduta exclusionária.

Pelo exposto, votou pela condenação das empresas e pessoas física às seguintes multas: (i) Luiz Galebe – R\$ 21 mil; (ii) Shop Tour – R\$ 308 mil; (iii) MC3 - 18 mil Ufir; (iv) Shop tour Int - 100 mil Ufir; e (v) Léo Produções - 18 mil Ufir.

Aberta a votação, o Conselheiro Gilvandro Araujo pediu vista para apreciar as preliminares, suspendendo o julgamento.