

BOLETIM INFORMATIVO Nº 113

93ª Sessão Ordinária do Tribunal do CADE

Sessão realizada em 18 de outubro de 2016. Pauta, ata e áudio da Sessão disponíveis em www.cade.gov.br

PRINCIPAIS DESTAQUES

Superintendência arquiva processo contra Universal Music

CADE aprova nova resolução sobre contratos associativos

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

Aprovada a nova resolução sobre contratos associativos

O Tribunal do CADE homologou o despacho da Presidência que aprovou o texto final da Resolução nº 17. A norma disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos previstas no inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/11, e revoga a Resolução CADE nº 10.

De acordo com a nova Resolução, (i) contratos com duração igual ou superior a dois anos, (ii) que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica com compartilhamento dos riscos e resultados e (iii) envolvam empresas concorrentes no mercado relevante objeto do contrato, serão de notificação obrigatória (quando atendidos os requisitos objetivos de faturamento).

Trata-se de alteração relevante nos critérios que então vigiam segundo a ora revogada Resolução n. 10. Em breve, encaminharemos edição especial deste boletim com análise detalhada da nova resolução, que entra em vigor em 25 de novembro.

Aberta Consulta Pública para nova resolução que define critério para multas em processos de condutas

O Tribunal do CADE autorizou consulta pública para alteração de texto da Resolução nº 3/2012, a qual fixa rol taxativo de ramos de atividades empresariais para fins de aplicação das penas a que estão sujeitos os responsáveis por práticas de infração à ordem econômica (artigo 37 da Lei 12.529/11).

A proposta de modificação busca solucionar problemas na correspondência do ramo de atividade com os mercados afetados por condutas anticompetitivas, o que pode ocasionar desproporções entre a base de cálculo da multa e, conseqüentemente, o valor total de faturamento atingido pela conduta.

O período de contribuições será de 15 dias corridos. O prazo tem início nesta terça-feira (18/10) e se encerra em 1º de novembro. Sugestões devem ser enviadas para o e-mail consultapublica42016@cade.gov.br com o assunto “Consulta Pública nº 04/2016”.

Destaques do Judiciário

TRF1 nega substituição de garantia por falta de demonstração de risco para a empresa

O Desembargador Federal Hercules Fajoses da Sétima Turma do TRF1 apreciou pedido da Votorantim Cimentos Brasil S/A nos autos de Apelação nº 2006.34.00.012710-6, interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido cautelar, no qual se objetiva a declaração de nulidade de multa imposta pelo CADE, bem como da Resolução CADE nº 36/2004 (que tratava da dosimetria de multas por intempestividade de notificação de atos de concentração).

A apelante requereu a substituição do depósito judicial da multa do CADE por seguro garantia, porém o relator, em decisão monocrática, entendeu que a apelante não logrou êxito em demonstrar a possibilidade de desequilíbrio no caixa da empresa por conta do depósito judicial da multa, razão pela qual indeferiu o pedido de substituição.

JFDF suspende ordem do CADE de notificação da Joint Venture Conecta Brasil Cidadão

OI, CLARO e Telefonica formularam pedido antecipatório (AO nº 0060998-89.2016.4.01.3400) para suspender a eficácia do Despacho nº 776/2016 da Superintendência-Geral do CADE no âmbito do Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração - APAC nº 08012.007003/2009-93, que determinou a notificação do Consórcio Conecta Brasil Cidadão, uma joint venture criada para a atuação conjunta dessas empresas na oferta de conexão de banda larga em licitações públicas.

Em sede cautelar, a Juíza da 13ª Vara de Brasília suspendeu o referido Despacho até manifestação do CADE, ocasião em que será analisado detidamente o pedido antecipatório.

Destaques da Superintendência-Geral do CADE

Superintendência conhece operação de renovação de contrato associativo

A Superintendência-Geral conheceu e aprovou sem restrições o Ato de Concentração nº 08700.006315/2016-51, que tratou da renovação de contrato associativo entre Warner Bros e Sonopress-Rimo. O contrato estava programado para se encerrar em 30/09/2016, mas será renovado em termos e condições substancialmente idênticos por um período adicional de 27 meses.

Segundo a Superintendência-Geral, o contrato deve ser conhecido uma vez que a relação existente entre as partes é de integração vertical entre os mercados de licenciamento e de distribuição de videogames para consoles físicos e os critérios de participação de mercado são atendidos – a Sonopress-Rimo detém participação de [31-40%] no mercado de replicação de mídia ótica gravada com conteúdo para videogames no Brasil. Portanto, considerando um cenário em que o grupo

econômico de uma das Requerentes possui mais de 30% do mercado, o contrato notificado se enquadra no art. 2º, §1º, II, a, da Resolução 10/2014 do CADE.

No mérito, a Superintendência-Geral entendeu que não há indicações de fechamento de mercado à montante decorrente da operação. A atual situação do mercado de distribuição de jogos em mídia ótica faz com que qualquer exercício de poder de mercado por parte da Sonopress-Rimo seja improvável, bem como atitudes exclusionárias do Grupo Time Warner de direcionar suas demandas de replicação de jogos de videogame em mídia física apenas para a Sonopress-Rimo não necessariamente impediriam outras replicadoras de continuarem atuando no mercado.

O parecer, concluiu, por fim, que a integração vertical gerada pelo presente contrato associativo não é capaz de levantar preocupações concorrenciais relevantes no Brasil, ante o declínio do mercado de distribuição de jogos por mídia física e a baixa probabilidade de o Grupo Time Warner deter poder de mercado no licenciamento de direitos de propriedade intelectual (direitos sobre filmes, música e jogos) no território brasileiro.

Superintendência arquiva investigação contra Universal Music

A Superintendência-Geral arquivou o Inquérito Administrativo nº 08700.003132/2014-11, instaurado a partir de Memorando encaminhado pelo ex-Conselheiro Alessandro Octaviani que solicitava a análise de indícios de infrações à ordem econômica derivadas de um possível abuso de posição dominante da Universal Music no mercado de distribuição de músicas em meio digital para lojas de “streaming”. O Memorando teve por base as manifestações contidas nos autos do Ato de Concentração nº 08012.012428/201139 (Requerentes: Universal Music Holdings Limited e EMI Group Global Limited) a respeito das práticas adotadas pela Universal na comercialização de seu conteúdo musical com as lojas virtuais de “streaming”.

Segundo as informações trazidas aos autos pela Universal e pelas lojas virtuais, o modelo de remuneração adotado nos contratos celebrados entre os referidos agentes não é adotado apenas pela Universal, sendo bastante comum nos contratos estabelecidos entre as gravadoras e as lojas virtuais de streaming. Com base nas informações levantadas no setor, verificou-se que os contratos entre lojas virtuais e gravadoras são livremente negociados e com diferenças distintas em percentuais e regras.

Em conclusão, a Superintendência-Geral não vislumbrou qualquer indício de ilícito concorrencial, acrescentando que os contratos celebrados entre gravadoras e lojas virtuais para fornecimento de música digital são amplamente negociados dentro de um ambiente competitivo.

Superintendência-Geral instaura Inquérito Administrativo contra BM&FBovespa S.A.

A Superintendência-Geral acolheu os argumentos da ATS Brasil e Americas Clearing System para converter o Procedimento Preparatório nº 08700.002656/2016-57 contra a BM&FBovespa S/A em Inquérito Administrativo, sob o argumento de que ela estaria abusando de sua posição dominante no mercado de bolsas de valores mobiliários no Brasil para impedir a entrada de novos concorrentes.

Segundo a representação, a BM&FBovespa domina no Brasil a prestação dos três serviços de infraestrutura que integram genericamente o chamado “mercado de bolsa”: (i) serviços de

administração de ambientes de negociação de valores mobiliários; (ii) serviços de compensação e liquidação de valores mobiliários (“clearing”); e (iii) serviços de depósito centralizado de valores mobiliários.

Segundo o parecer da Superintendência-Geral, a BVMF, valendo-se da sua posição monopolista e integralmente verticalizada nos mercados de serviços relacionados à bolsa de valores, estaria adotando estratégias para elevar consideravelmente as barreiras à entrada para os potenciais concorrentes no mercado, por meio da recusa de fornecimento de serviços de *clearing* e central depositária, bem como da mudança na política de tarifação, que por sua vez estaria comprimindo as margens dos entrantes que não fossem verticalmente integrados. Além disso, as alegações trazidas pela BVMF não foram suficientes para, pelo menos em caráter preliminar, justificar as ações da empresa que podem, de fato, prejudicar ou mesmo impedir a entrada de novos concorrentes no mercado.

Sendo assim, concluiu haver condições suficientes para a abertura de Inquérito Administrativo para a continuidade e aprofundamento da investigação a respeito das práticas relatadas na denúncia e ao longo da instrução.

Superintendência-Geral instaura Procedimento Preparatório contra antiga política de preços da Petrobras

A Superintendência-Geral instaurou o Procedimento Administrativo nº 08700.002765/2016-74 a partir de denúncia apresentada pelo Deputado Federal Fábio Paulino Garcia em face de Petróleo Brasileiro S.A. em março de 2016 versando sobre a política de preços de gasolina A praticada pela empresa.

Segundo a denúncia, eram frequentes as notícias de que a Petrobras vinha praticando preços exorbitantes pela gasolina em suas refinarias a fim de reforçar sua geração de caixa. A Petrobras, em resposta a ofício, apresentou suas alegações em reação à denúncia, e foi aberto prazo para o deputado manifestar-se sobre a resposta da empresa.

Julgamentos relevantes do Tribunal do CADE

CADE RECONHECE “BIS IN IDEM” E ARQUIVA PROCESSO CONTRA CIMENTEIRAS

O Tribunal do CADE acolheu voto do conselheiro Paulo Burnier pelo arquivamento do Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11, instaurado em desfavor de: Votorantim Cimentos S/A, Camargo Corrêa Cimentos S/A (atual Intercement Brasil S/A), Holcim (Brasil) S/A, CCB Cimpor Cimentos do Brasil Ltda, Lafarge Brasil S/A, CP Cimento e Participações S/A, Soecom S/A Sociedade de Empreendimentos Industriais, Comerciais e Mineração (atual empresa Cimentos Liz), Companhia de Cimento Itambé, Ciplan Cimento Planalto S/A, Grupo João Santos (ou Grupo Nassau) – que compreende as empresas Itabira Abro Industrial S/A, Itapissuma S/A, Itautinga Agro Industrial S/A, IBACIP Indústria Barbalhense de Cimento Portland S/A, Cimentos do Brasil S/A – CIBRASA, Itapicuru Agro Industrial S/A, Itapetinga Agro Industrial S/A, Itapessoca Agro Industrial S/A, Itaguassu Agro Industrial S/A.

As empresas eram investigadas por suposta prática de recusa concertada no fornecimento dos tipos de cimento CP II e CP V no Estado de São Paulo, como forma de forçar os clientes a comprarem o cimento tipo CP III. Ao contrário dos outros tipos, o CP III não permite a adição de outros insumos para reduzir custos. A conduta de recusa consistia em negar diretamente o pedido de compra ou inviabilizá-lo por meio de cobrança de preços impraticáveis.

A defesa das empresas envolvidas sustentou a prescrição intercorrente e a declaração de “bis in idem” da investigação com os fatos já condenados por cartelização no Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79.

No que diz respeito à prescrição intercorrente, as defesas sustentaram que, depois de dois anos e onze meses sem qualquer movimentação nos autos, a Superintendência-Geral juntou cópia do referido Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, e que tal fato seria desprovido de intenção de produção de prova, uma vez que já estava encerrada a instrução do processo ora em análise, tratando-se de subterfúgio procrastinatório para prevenção da prescrição da investigação. Para o relator, no entanto, a referida juntada deve ser tratada como expediente para promoção da instrução processual, por ter carreado aos autos informações úteis sobre o modelo de cartelização empregados pelas Representadas. Assim, afastou a tese de prescrição intercorrente.

Já no que diz respeito ao “bis in idem”, Burnier acolheu o parecer do MPF no sentido de declarar a sua ocorrência, dado que a conduta de recusa de vendas investigada nos autos possui a mesma forma e período que as práticas que foram objeto de condenação anterior. Desta forma, o Tribunal do CADE concordou com o arquivamento do processo para os Representados que foram sujeitos da condenação anterior.

TRIBUNAL CONDENA PESSOAS FÍSICAS EM PROCESSO DERIVADO DE CONDENÇÃO ANTERIOR DAS PESSOAS JURÍDICAS

Em decisão sumária, o Tribunal acolheu, por unanimidade, o voto do Conselheiro Gilvandro Araujo nos autos do Processo Administrativo nº 08700.006551/2015-96, que tratou de apurar conduta concertada no bojo de licitação pública conduzida pela Secretaria de Estado da Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, praticada por Carlos Eduardo Correia dos Reis e Valdenir Neves dos Reis. Tal processo é derivado do Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50, que tinha por objeto a apuração e condenação dos mesmos fatos em relação às pessoas jurídicas nas quais eles trabalhavam e outras.

Tendo em vista a identidade de objeto entre ambos os processos, todo o acervo probatório do processo originário foi trasladado para o caso ora julgado.

Como resultado, Gilvandro votou pela condenação de Valdenir Reis ao pagamento de multa correspondente a 18 mil UFIR, enquanto Carlos Eduardo Correia foi condenado ao pagamento de multa correspondente a 9 mil UFIR. O cálculo das multas levou em consideração o tipo de relação de trabalho das pessoas físicas com as empresas condenadas. Adicionalmente, dada a gravidade da infração, foi imposta proibição aos dois representados de participarem de sociedade ou empresas que operem licitações com o governo.

TRIBUNAL NEGA APROVAÇÃO DE TCC COM ACTA E SINDIGRAN

O Tribunal do CADE, em decisão unânime, acolheu voto da Conselheira Cristiane Schmidt pela rejeição dos Requerimentos nº 08700.001728/2016-49 e 08700.001730/2016-18 promovidos por Sindigran e ACTA, duas associações de transportadores de granéis para o Porto de Santos-SP, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.008142/2011-59, que investiga a atuação das duas associações para dividir o mercado e impedir o acesso de transportadores autônomos ao referido porto.

A rejeição do TCC se deu por não terem as proponentes aceitado diversas obrigações comuns a TCCs em casos semelhantes, a exemplo da admissão de participação na conduta ou sua cessação. Ademais, as proponentes se recusaram a se desfazer da posse sobre pátios de estacionamentos de domínio público que hoje são controlados pelas duas associações para concretizar a infração econômica. A relatora destacou, ainda, que há indicações de que as proponentes não estão cumprindo as determinações de medida preventiva imposta no início da investigação. Por fim, ressaltou que as proponentes de TCC ofereceram contribuição pecuniária muito aquém do patamar que seria aplicável em proporção a eventual multa sancionatória.

CADE RENEGOCIA TERMOS DE ACC APÓS DESCUMPRIMENTO PELA JBS

O Tribunal do CADE aprovou, por maioria, voto do Conselheiro Márcio Oliveira Jr nos autos do Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83, para revisão da operação e respectivo acordo em controle de concentrações (ACC) em ato de concentração em que a JBS S/A arrendou três unidades de abate de bovinos da Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e da Forte Empreendimentos e Participações Ltda. localizadas nos municípios de Santa Fé do Sul (SP), Cassilândia (MS) e Cachoeira Alta (GO).

A revisão do ato de concentração decorreu de pedido da ProCADE em razão da constatação de uma série de descumprimentos, por parte das requerentes, das medidas pactuadas no ACC para afastar os problemas concorrenciais identificados durante a análise da operação de arrendamento.

Pelo acordo celebrado em 2014, a JBS se comprometeu a manter as plantas arrendadas da Rodopa em funcionamento nos mesmos níveis médios de abate de bovinos verificados em 2013, ano de notificação do ato de concentração. As partes também deveriam alienar uma das marcas da Rodopa e duas unidades de abate de bovinos da empresa inativas na época, por meio de venda a terceiros que não pertencessem ao grupo econômico da JBS.

O acompanhamento do cumprimento da decisão pela ProCADE revelou que a JBS não realizou qualquer alienação, sem qualquer justificativa para tanto, e buscou modificar os níveis de utilização das unidades de produção arrendadas por pelo menos duas vezes. A JBS, por sua vez, argumentou que a licença ambiental das unidades não comportava o nível de utilização acordado no ACC. Esse ponto tornou-se objeto de auto de infração por enganiosidade, com imposição de multa de R\$ 3,5 milhões, uma vez que essa informação era crucial para o mérito e para o próprio cálculo das obrigações do ACC e não constitui fato superveniente, sendo conhecido antes do negócio aprovado pelo CADE (Processo Administrativo para Imposição de Sanções Processuais Incidentais nº 08700.0006554/2016-19, julgado por unanimidade nessa mesma sessão).

Não bastassem esses fatos, o relator destacou que a JBS promoveu novas operações de aquisições e parcerias comerciais que não foram notificadas ao CADE. Quanto a este ponto, o relator determinou que a Superintendência-Geral promovesse profunda apuração.

Para o relator, os descumprimentos observados pela ProCADE seriam passíveis de gerar a reprovação automática da operação. Todavia, a situação financeira pretérita falimentar da Rodopa ocasionou a necessidade de “modulação” da decisão de reprovação, de maneira que as unidades de abate não corram risco de fechamento abrupto, o que geraria dano maior ao mercado e eliminação de uma alternativa de abate para produtores locais.

Assim, Márcio Oliveira Jr estabeleceu novos prazos e condições para que as empresas cumpram todas as obrigações comportamentais e estruturais do ACC – excluídas as de caráter contínuo. Isso significa que as requerentes terão um prazo (que foi mantido confidencial) para resolver as pendências com o CADE e comprovar o cumprimento das medidas, caso decidam manter o arrendamento vigente até a data original do contrato. O não atendimento dessa decisão até a data estipulada acarretará no desfazimento da operação.

Feita a votação, foi vencido o conselheiro João Paulo de Resende, que negou a possibilidade de um novo acordo, devendo a operação ter sido declarada reprovada por descumprimento do ACC.

CADE NEGA TCC COM PARAGÁS E INICIA JULGAMENTO POR CARTEL

O Tribunal do CADE deu início ao 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. Consta dos autos, ainda, representação do Ministério Público do Pará encaminhada à Agência Nacional do Petróleo – ANP, relatando que a Paragás e diversas revendedoras credenciadas estariam comercializando GLP para revendedores clandestinos, em descumprimento ao Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado em 2004.

A materialidade da conduta foi observada por meio de gravações efetuadas pela revendedora Gacibel contendo conversas entre representantes das distribuidoras acertando preços.

Supergasbrás e Tropigás celebraram TCCs com o CADE. A Paragás somente requereu o TCC quando o processo já havia sido pautado e após a produção dos pareceres da ProCADE e MPF, o que resultou em sua rejeição.

Caracterizada a conduta, a Relatora se dedicou a expor 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. Tal metodologia empregada pela Conselheira motivou pedido de vista do Conselheiro Márcio Oliveira Jr, suspendendo o julgamento.

CADE CELEBRA TCC COM ALSTOM BRASIL

O Tribunal do CADE, por maioria, aprovou voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Jr. pela homologação do Requerimento nº 08700.002108/2016-27, formulado pela Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e Grid Solutions Transmissão de Energia Ltda, para suspensão de investigação de cartel no mercado de comercialização de produtos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica.

O TCC contempla cláusula de admissão de participação no conluio, além do recolhimento de R\$ 39,8 milhões a título de contribuição pecuniária.

Em votação, o Conselheiro João Paulo de Resende votou pela rejeição do acordo em razão de divergência sobre o cálculo da contribuição pecuniária.

CADE CELEBRA TCC COM ELSTER E ITRON NO CARTEL DE MEDIDORES DE ÁGUA

O Tribunal do CADE acolheu, por maioria, os termos do voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Jr nos Requerimentos nº 08700.011036/2015-28 e nº 08700.011190/2015-08, ambos relacionados ao Processo Administrativo 08700.009165/2015-56, que investiga cartel no mercado de medidores de água.

Pelos termos dos TCCs, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e Elster Medição de Água S.A. reconheceram sua participação em acordos para a fixação de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitações, além de conluios para a divisão do mercado e alocação de clientes, especialmente empresas públicas de saneamento. Por fim, se comprometeram a recolher mais de R\$ 12 milhões a título de contribuição pecuniária.

Em votação, o Conselheiro João Paulo de Resende votou pela rejeição do acordo em razão dos valores de contribuição pecuniárias não corresponderem a percentual sobre o valor esperado da multa.

CADE CELEBRA TCC COM CONBRAS

O Tribunal do CADE, por unanimidade, aprovou voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Jr pela aprovação de TCC formulado no Requerimento nº 08700.001429/2015-23, referente aos Processos Administrativos nº 08012.006130/2006-22 e nº 08012.005024/2011-99, que investigam suposta formação de cartel no mercado nacional de serviços de manutenção predial.

O acordo foi firmado com a empresa Conbras Serviços Técnicos de Suporte S/A e 11 funcionários e ex-funcionários da companhia, contemplando cláusulas de admissão de participação na conduta, colaboração com provas e pagamento de contribuições pecuniárias em um total de R\$ 9,3 milhões.