



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

BOLETIM DE JULGADOS DO SBDC

PODER JUDICIÁRIO

JFDF extingue ação popular que buscava condenação do CADE, Senacon e ANPD por não fiscalizar plataforma de streaming

O Juiz Federal da 10ª Vara Federal Cível da SJMG, decidiu por extinguir sem resolução de mérito Ação Popular nº 1016789-06.2021.4.01.3800, proposta por Diogo Neves Pinto contra VALVE CORPORATION, CADE, SENACON e a recente Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, buscando a imediata suspensão da comercialização de produtos e serviços, plataforma de jogos Steam, da empresa VALVE CORPORATION no Brasil, nos moldes do inciso III do artigo 12 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), pelo alegado descumprimento da legislação nacional em afronta ao caput do artigo 11 da citada lei.

Segundo a sentença, a parte autora alegou que as Requeridas (SENAACON, ANPD e CADE) são omissas e negligentes em decorrência da atuação ilegal no mercado brasileiro da VALVE CORPORATION, proprietária da plataforma de jogos Steam, deixando de tomar as providências cabíveis contra a referida empresa, tais como a instauração de processo administrativo contra a VALVE CORPORATION, previsto nos artigos 56 e 57 do CDC (Lei 8.078/90).

Relata o autor que é consumidor dos produtos fornecidos pela 1ª Requerida (VALVE CORPORATION), adquirindo frequentemente jogos eletrônicos disponíveis na plataforma STEAM, mantida pela VALVE CORPORATION. No entanto, afirma que a empresa não se encontra formalmente registrada no Brasil, apesar da referida plataforma possuir página dedicada ao público nacional, em língua portuguesa, e, por esta razão, deveria se sujeitar à legislação brasileira, o que na verdade não ocorre.

Aduz que a VALVE CORPORATION afirma claramente aos seus usuários brasileiros que não se submete à legislação brasileira, sob pretexto de que a empresa se encontra sediada nos EUA, o que decorre da inércia das autoridades competentes, em que pese a exploração ilegal de imagem de pessoas politicamente expostas, do descumprimento do Marco Civil da Internet e da Lei Geral da Proteção de Dados, além da latente afronta aos direitos dos usuários no âmbito do direito consumidor.

No mérito, a sentença afirmou que é condição da ação a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio a ser protegido pela ação popular. Conforme o Tema 836 do STF: *“Não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou entidade de que ele participe”*

Do mesmo modo, para a jurisprudência majoritária do STJ, a ação popular é cabível quando violados os princípios da Administração Pública (art.37, da CF/1988), como a moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, quando a lesão for legalmente presumida (art.4º, da Lei 4.717/1965).

De outro lado, além da lesividade, outro requisito para propositura da ação popular é a comprovação da ilegalidade do ato. Nesse sentido, destaca a sentença, que vem prevalecendo em nossos tribunais a exigência do binômio ilegalidade e lesividade para a propositura da ação popular, defendendo que é imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a procedência da Ação Popular e consequente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes.

Concluiu a sentença que não foi comprovada qualquer lesão aos cofres públicos, e também não restou evidenciada a existência de ilegalidade do poder público, o que afasta a aplicação do Tema 836 ao caso dos autos. Os pedidos não se inserem dentro do objeto possível de uma ação popular, pois em momento algum visam anular ato do poder público, e sim provimentos jurisdicionais diversos da tutela desconstitutiva, constitucionalmente exigida para ações desta natureza. Desse modo, considerou a via inadequada para a finalidade pretendida.

STJ nega provimento a Recurso Especial do CADE em processo envolvendo o Cartel dos Gases

Em decisão monocrática o Min. Benedito Gonçalves conheceu parcialmente e negou provimento ao RESP nº 1933793 - DF, movido CADE em autos sob sigilo de justiça, em que o Conselho buscava reforma de acórdão do TRF da 1ª Região que anulou decisão condenatória do CADE por ter sido sustentado sobre provas emprestadas de processo criminal que foram declaradas ilícitas.

O CADE alegou violação dos artigos 489, § 1º e 1.022 do CPC/2015, ao argumento de que a Corte de origem não se manifestou a respeito da existência de outros indícios apontados pelo CADE para justificar a condenação, os quais foram reiterados nos embargos declaratórios e novamente não enfrentados pormenorizadamente na decisão recorrida. Refere a ausência de apreciação da tese de que as características econômicas do mercado já indicavam a forte probabilidade de cartel, informação corroborada pela existência de condenações por conluio no setor em Jurisdições estrangeiras.

A decisão do Min. Gonçalves apontou que em relação à questão de fundo, vinculada à violação ao artigo 157 do CPP, parágrafos 1º e 2º, é de se ressaltar que o Tribunal de origem, soberano na análise da matéria fática, ratificou o entendimento da sentença, concluindo que a penalidade imposta aos autores, no bojo de processo administrativo perante o CADE, está fundamentada em provas reconhecidamente ilícitas no âmbito de ação criminal, uma vez que resultam de interceptações telefônicas realizadas através de denúncia anônima, o que implica na nulidade do procedimento, mormente porque não há elementos probatórios independentes e suficientes na esfera administrativa para a condenação do apontado cartel.

Concluiu a decisão de improvimento que para infirmar entendimento contrário, seria necessário reexaminar todos os fatos e provas contidos nos autos da ação anulatória, para então aferir a eventual existência e suficiência de outras provas no âmbito administrativo, que não derivem, direta ou indiretamente, das já declaradas ilícitas no âmbito penal. Entretanto, tal exercício em sede de recurso especial é obstaculizado pela Súmula 7/STJ.

SEAE EM FOCO

SEAE pede que pleito de entidades do Setor Farmacêutico seja submetido ao FIARC

Em resposta a demanda das entidades do setor farmacêutico ABCFARMA, ABIFINA, ABIFISA, ALANAC, SINDIFARRS, SINDIFARGO E SINDUSFARQ – MG, com uma proposta para aplicabilidade do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos – SNCM, estabelecido pela Lei nº 11.903, alterada pela Lei nº 13.410.

Em breve síntese as entidades sustentam que a resolução RDC ANVISA 304/2019, que dispõe dos requisitos definidos pela ANVISA para a constituição do SNCM representariam um custo estimado de implantação de aproximadamente R\$ 3 bilhões, uma possível redução da produtividade nas etapas do processo produtivo e um incremento de R\$ 0,11 no custo de cada unidade produzida de medicamentos no país.

SEAE apresenta recomendação ao PL do Senado nº 5.591/2020

A Secretaria-Executiva da Câmara Técnica do Mercado de Medicamentos (SCMED), solicitou manifestação da SEAE no sentido de analisar o projeto original sobre o mérito da proposição do Projeto de Lei do Senado nº 5.591/2020 que alteração da Lei 10.742/2003 para que o Conselho de Ministros da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED autorize, também, a redução de preços de remédios, visando a diminuir as distorções nos valores dos medicamentos comercializados.

Em Nota Técnica a SEAE concorda que, de fato, existem disfuncionalidades no atual modelo de regulação econômica de medicamentos. As causas para esse cenário englobam (i) a falha institucional frente ao avanço tecnológico do setor, dado que os critérios de precificação não acompanham as novas categorias; (ii) a limitação legal para revisão de preços nos casos de descolamento do preço-teto ao preço



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Foi então pleiteado que o SNCM passasse a ser obrigatório apenas para os medicamentos contendo as características de alta tecnologia, alto valor agregado, com base em seus históricos, e facultado às demais categorias de medicamentos.

Em resposta, a SEAE não teceu comentários sobre o mérito da demanda, mas solicitou que as entidades apresentassem pleito ao FIARC - programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial, a fim de viabilizar a investigação de possível abuso regulatório e avaliação das alternativas de atuação disponíveis (Processo nº 12100.104745/2020-50).

efetivamente praticado, de variação entre concorrentes com mesma indicação terapêutica ou de choques de mercado; e (iii) as falhas de monitoramento ao longo da cadeia do setor farmacêutico.

No entender da SEAE, outra disfuncionalidade do sistema atual é o modelo de precificação de medicamentos no Brasil que estabelece um preço máximo (*price cap*) a ser praticado no território nacional após a liberação de registro feita pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Tal preço é reajustado anualmente, com objetivo de recomposição para o setor regulado (art. 4º, § 1º da Lei nº 10.742/2003), de modo que o preço máximo inicialmente definido pode aumentar de forma contínua, decorrente da falta de previsão legal para poder ajustá-lo a menor.

Diante disso, a fim de reduzir as distorções observadas, esta SEAE considerou meritória a proposta do PL do Senado nº 5.591/2020, pois a soluções de alteração dos poderes da CMED refletiriam na possibilidade de reduzir os preços dos medicamentos e a proporcionar maior flexibilidade na atuação da CMED para definição de tais valores.

Os demais pontos que são objeto de alteração na atual Lei nº 10.742/2003, pelo projeto de lei, foram alvo de oposição da SEAE. Em síntese, No aspecto concorrencial, a SEAE destacou que "o efeito relacionado às alterações na composição do CTE-CMED propostas, que podem resultar na participação de entes privados, contribuindo para colusão de empresas ou para captura de agentes públicos". Finalmente, a SEAE considera que os demais pontos de alteração da lei vigente podem diminuir o do incentivo das empresas a competir decorrente de exigência ou de encorajamento à publicação de informações sobre as quantidades de produção, preços, vendas ou custos de empresas. Isto, porque, a obrigação de dar publicidade a diversas informações sensíveis de mercado, sem que fosse considerada sua aplicabilidade às metodologias adotadas para a definição de preços, podem ensejar uniformizações de preços.

SEAE se manifesta favoravelmente ao projeto de criação do "PIX saque" e do "PIX Troco"

A SEAE apresentou parecer contendo considerações sobre a Consulta Pública (CP) nº 87/2021, da Banco Central do Brasil (BCB), com a intenção de contribuir para o aprimoramento do arcabouço regulatório do setor para disciplinar o Pix Saque e o Pix Troco.

Segundo a consulta pública, o Pix Saque consistirá em uma transação com o objetivo exclusivo de possibilitar a retirada de recursos em espécie pelo usuário pagador, por meio de um participante prestador de serviço Pix Saque, ou de um agente de saque. Já o Pix Troco, consistirá em uma transação em que a retirada de recursos estará associada a uma compra realizada pelo usuário pagador.

O BCB estabelece algumas outras condições mínimas para o uso dos produtos, bem como condições de gratuidade e de remuneração/incentivos, cuja estrutura será baseada no pagamento de uma Tarifa de Intercâmbio Reversa (TIR), a ter valor definido em consulta pública.

A SEAE manifestou que não foram identificados elementos significativos de onerosidade regulatória com impacto concorrencial, entendendo que a norma avança na simplificação e facilitação das movimentações financeiras, sem afetar a segurança das transações do setor, acompanhando práticas modernas e internacionais de mercado.

SEAE se manifesta favoravelmente sobre consulta pública da SUSEP para nova resolução sobre seguro automotivo

A SEAE apresentou parecer contendo considerações à Consulta Pública SUSEP nº 05/2021, que tem por objetivo apresentar resolução que revisa, revoga e consolida diversos normativos que tratam de seguros do grupo automóvel, com a exceção daqueles que possuem regulamento específico: seguro carta verde, seguro DPVAT e seguro garantia estendida.

A SEAE concluiu que não se observam impactos especificamente de natureza anticoncorrencial na minuta de Resolução apresentada pela SUSEP, uma vez que alteração da norma proposta viabiliza a diversificação de produtos oferecidos ao mercado, tanto em número de opções quanto em valores, favorecendo a inovação e a concorrência no mercado supervisionado pela SUSEP.

NOTÍCIAS DA SUPERINTENDÊNCIA – DEE - PROCURADORIA

SG nega conhecimento a contrato associativo notificado pela Coca-Cola

A Superintendência-Geral decidiu pelo não conhecimento do Ato de Concentração nº 08700.001283/2021-64, que tratou da notificação de contrato associativo entre a Coca-Cola Indústrias Ltda. (juntamente com seus fabricantes e os Distribuidores) e o Grupo Heineken, para novos termos e condições para a distribuição, pelo grupo Coca-Cola, de determinadas marcas de cerveja detidas pelo Grupo Heineken.

Ao abordar a estrutura da operação, a SG destacou o pensamento corrente de seus precedentes, derivado da Resolução 17/2016., segundo a qual, para que um contrato possa ser considerado associativo: (i) duração igual ou superior a 2 (dois) anos; (ii) estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica; (iii) estabelecimento do compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constituir o seu objeto; e (iv) serem as partes contratantes concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

Em seu parecer, a SG sustentou que a operação não atendeu ao requisito das partes contratantes serem concorrentes no mercado afetado pela operação. A cooperação consiste na distribuição de bebidas alcoólicas (algumas marcas de cervejas) da Heineken pelo Sistema de Distribuição da Coca-Cola. As Partes informaram que o portfólio de produtos não alcoólicos do Grupo Heineken (Schin Tônica, Skinka, Itubaína, FYs e Viva Schin) não será afetado pela Operação e continuará a ser distribuído somente pelo Grupo Heineken. Como a Coca-Cola não produz bebidas alcoólicas, atuando principalmente na produção de bebidas carbonatadas (dentre as quais se destaca o refrigerante), e a Operação envolve a distribuição de apenas cervejas da Heineken, concluiu-se que as partes contratantes não são concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

SG instaura investigação preliminar contra APERAM

A Superintendência-Geral decidiu pela instauração do Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.000841/2021-74, a partir de representação da Associação Brasileira dos Processadores e Distribuidores de Aços Inoxidáveis (Aprodinox), para averiguar indícios de infração da política comercial da Aperam Inox América do Sul S.A. e da Aperam Inox Serviços Brasil Ltda, em relação a preços ofertados no mercado brasileiro e a ações junto a órgãos reguladores para elevação de custos de importação independente de aços inoxidáveis.

Em síntese, a associação alega que A Aperam Inox estaria utilizando-se da Aperam Serviços, subsidiária integral que opera com a distribuição de produtos de aço inox, para oferta predatória de produtos em condições comerciais que não poderiam ser replicadas por distribuidores independentes. Além disso, a Aperam Inox estaria discriminando distribuidores e exigindo acesso a informações de contratos de fornecimento em vigência dos distribuidores independentes para aquisição e seus produtos.

De outro lado, a Aperam Inox é acusada de promover ações junto aos órgãos de controle de importações e de defesa comercial a aplicar medidas antidumping, controlar volumes de importações anuais, além de taxas de câmbio, com o propósito de inibir ou desestimular a importação independente de aços inoxidáveis.

Finalmente, a Aprodinox destacou que os fatos atuais repetem conduta que já foi observada pelo CADE no passado, ressaltando que a Aperam celebrou Termo de Compromisso de Cessação, que veio ter vigência encerrada no ano passado.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

SG nega conhecimento a contrato de aquisição entre YPFB e TBG

A Superintendência-Geral decidiu pelo não conhecimento do Ato de Concentração nº 08700.002043/2021-87, que tratou da notificação do exercício do direito de preferência da YPFB Transporte do Brasil Holding Ltda para a aquisição de participação acionária na Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A.

Ao abordar a estrutura da operação, a SG destacou que o Grupo Fluxys, vendedor, registrou faturamento bruto acima de R\$ 750 milhões no ano anterior à Operação. Já a YPFB, compradora, não preencheu o critério do inciso II do art. 88 da Lei 12.529/11, de faturamento mínimo.

Em seu parecer, a SG sustentou que o faturamento bruto da YPFB levou em consideração o único valor registrado na DRE, que se deu na forma de dividendos como Resultado de Equivalência Patrimonial, método que atualiza o valor contábil do investimento em determinada empresa ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida, bem como seus efeitos na demonstração do resultado do exercício. Tal método não foi admitido como faturamento em nenhum precedente deste Conselho, destacando precedentes que apontam que, para fins de contabilização de faturamento bruto, deve-se considerar a receita bruta ou receita operacional bruta.

SG arquivava investigação de fixação de preços de revenda contra a fabricante de relógios Technos

A Superintendência-Geral decidiu pelo arquivamento do Processo Administrativo nº 08700.004563/2017-48, movido em desfavor da Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A., e investigava denúncia derivada de representação de vendedor online de relógios que reclamou a existência de imposição de preços e condições de revenda pela Technos, por meio de sua política comercial via web.

No curso da investigação a Technos esclareceu que a Política Comercial Web se aplicou aos revendedores que comercializavam no ambiente online, valendo para lançamentos e produtos de linha, tendo durado por cerca de um ano (março de 2017 a abril de 2018). Tal política foi estabelecida com vistas a inibir a atuação de revendedores oportunistas não especializados e incentivar a promoção e posicionamento das marcas comercializadas pela empresa.

Segundo a Representada, a Política Comercial Web buscou privilegiar e proteger os revendedores que demonstravam maior comprometimento e parceria, investindo em conteúdo promocional, qualidade de atendimento e assistência técnica. Assim, a política foi formulada visando: (i) proteger a marca, os lançamentos e os produtos de linha de seu catálogo; (ii) propiciar tempo hábil para o retorno dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento de um design inovador para um produto de qualidade e com durabilidade; (iii) reduzir a assimetria de informações, permitindo ao revendedor identificar de forma clara, a partir do preço recomendado, o posicionamento dos produtos e de seu potencial de competição em relação aos produtos rivais; (iv) proteger revendedores que investem na experiência de pré e pós venda por meio de mão-de-obra qualificada, treinada e hábil para apresentar as especificações e características dos produtos; por meio de uma experiência de experimentação, que é desafiadora no ambiente online, exigindo investimentos em tecnologia da informação e marketing digital; e por meio de apoio ao cliente e encaminhamento eficiente e célere de serviços de assistência técnica, além de serviços como troca de pulseiras.

A decisão da SG destacou que a Technos possui participação de mercado superior a 20%. Contudo, verifica-se que essa participação é apenas ligeiramente superior a 20%, em qualquer dos cenários analisados. Ademais, verifica-se que a Representada tem perdido participação de mercado ao longo do período. A perda de share pode ser observada inclusive durante o curto período de duração da Política Web (de março de 2017 a março de 2018).

A Política Web não se destinava ao mercado de revenda como um todo, mas era restrita aos canais online e a determinados produtos categorizados como "lançamento" e "itens de linha". ainda, o canal eletrônico – alvo imediato da prática em questão – tinha representatividade muito baixa nas vendas de itens lançamento. Este ponto foi corroborado pelas manifestações de revendedores consultados que afirmaram ter conhecimento da política de preços, mas que não a seguiam ou respeitavam.

Assim, concluiu a SG que, *"avaliados em conjunto, os elementos presentes nos autos indicam que não é evidente que a Representada detenha poder de mercado. O fato de sua participação de mercado ser ligeiramente superior a 20%, embora deva ser considerado como indicativo de que o caso merece análise aprofundada; não é, por si só, suficiente para afirmar que a empresa possui poder de mercado, entendido como a capacidade de 'manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes'. Pelo contrário: o que se verifica, no caso concreto, é a perda de share da Representada e a queda de seus preços médios"*.

SG recebe pedido de abertura de investigação contra exclusividades de artistas contratados pela Globo

A Superintendência-Geral recebeu representação da Procuradoria do CADE solicitando a instauração de inquérito administrativo para fins de apuração de possível infração à Ordem Econômica perpetrada por REDE GLOBO DE TELEVISÃO (Processo nº 08700.003422/2021-94)

Segundo termos da representação, a Procuradoria Federal Especializada teve notícia de que a REDE GLOBO estaria adotando uma política de exclusividade com os atores que com ela firmam contrato, para fins de atuação em novelas, uma fonte rentável considerando sua audiência histórica. Tais contratos estariam sendo negociando em vista as notícias de contratações por parte da NETFLIX para utilização de atores na produção de conteúdo nacional.

Considerando que a REDE GLOBO possui posição dominante no mercado de programação de conteúdo para TV Aberta e Fechada, de âmbito nacional, já constatado pelo Tribunal do CADE no âmbito do IA n. 08700.000529/2020-08, a ProCADE considerou que adoção desta política pode vir a inviabilizar que atores possam prestar serviços a mais de um canal de programações, afetando concorrentes que pretendam entrar ou desempenhar atividades neste mercado.

TRIBUNAL DO CADE

Cade condena cartel de postos de combustíveis de Joinville-SC

O Tribunal do CADE por maioria decidiu pela condenação de empresas e pessoas físicas nos autos do Processo Administrativo 08700.009879/2015-64, processo de investigação acerca de condutas anticoncorrenciais praticadas nos mercados de distribuição e revenda de combustíveis na cidade de Joinville/SC.

O processo administrativo foi instaurado em outubro de 2015, após conhecimento, por parte da Superintendência-Geral, de abertura de processo criminal contra proprietários de postos de combustíveis em Joinville. O cartel era liderado por um núcleo de proprietários de postos de combustíveis da cidade. Eles foram responsáveis por determinar os preços a serem praticados nas bombas e por vencer os demais revendedores a integrarem o conluio, inclusive intermediando a resolução de conflitos entre eles.

Cade celebra nono TCC no Cartel do câmbio off-shore

O Tribunal do CADE por maioria acolheu despacho da Presidência nos autos do Requerimento nº 08700.004648/2019-98 para aprovação de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) firmado com o Royal Bank of Scotland/NatWest Markets Plc.

Em resumo, foi negociado pela Superintendência uma contribuição pecuniária de R\$ 7 milhões. O TCC é o nono celebrado sobre o mesmo processo de investigação do cartel de câmbio off-shore. Finalmente, o TCC prevê a admissão de participação da conduta e colaboração com provas mediante histórico de conduta.

A votação foi por maioria, vencidos Sergio Ravagnani e Luis Braidó que rejeitaram o acordo, por considerar muito baixo o valor de contribuição. Braidó questionou a cláusula de colaboração com provas, que seria mera promessa de colaboração.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A prática de influência à conduta uniforme contou com a participação do presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Santa Catarina (Sindipetro/SC) à época dos fatos e de funcionários das distribuidoras de combustíveis Ipiranga e Rejaile, no sentido de facilitar e monitorar a realização de acordos anticoncorrenciais.

Ao longo da instrução do processo, o Cade celebrou dois Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) com postos e pessoas físicas investigadas.

O acórdão conta com posições majoritárias em diversos pontos em que a votação resultou em divergência, sobretudo, quanto a aspectos de prescrição, avaliação do corpo probatório para materialidade da conduta em relação a algumas pessoas físicas, finalmente, quanto a dosimetria das penas e a desconsideração da personalidade jurídica, voltada a alcançar sócios de empresas que foi extinta no curso da investigação. As distribuidoras Ipiranga e Rejaile, 17 postos de combustíveis, 18 pessoas físicas e uma entidade representativa por prática de cartel e de influência à conduta comercial uniforme no mercado de distribuição e revenda de combustíveis na cidade de Joinville, em Santa Catarina. Ao todo, o Tribunal aplicou mais de R\$ 38,7 milhões em multas.

Cade por maioria condena empresas de fretamento marítimo e aéreo internacional

O Tribunal do CADE por maioria decidiu pela condenação de quatro empresas, sete pessoas físicas e uma entidade representativa por prática de cartel e de influência à conduta uniforme entre concorrentes no mercado de frete internacional aéreo e marítimo de cargas tendo como origem ou destino o Brasil (Processo Administrativo nº 08012.001183/2009-08).

A investigação do caso teve início a partir da celebração de acordo de leniência. O processo administrativo foi instaurado em agosto de 2010, após realização de operação de busca e apreensão, em 2009, nos escritórios de três empresas e na sede da Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional (Abreti).

A votação foi liderada pelo voto-vista do conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. A relatora Lenisa Prado considerou que o conjunto probatório dos autos, especialmente nos documentos acostados ao Acordo de Leniência como também as provas juntadas aos autos do TCC celebrado com a empresa BAX, demonstraram que a empresa signatária do Acordo de Leniência era a líder do conluio e estava à frente da estruturação e direcionamento do cartel e, na forma do §1º, do artigo 35-B, da Lei nº 8.884/94, dispositivo legal vigente à época da celebração do acordo de leniência que proíbe leniência para líderes do cartel, este acordo deveria ser considerado nulo. Além disso, sustentou outras irregularidades na formação do acordo de leniência que contaminariam as provas nos autos contra demais representados, pugnando pelo arquivamento da investigação.

Maia sustentou de modo diverso ao voto da relatora, sustentando a regularidade do acordo de leniência que não poderia ser revisto anos depois a sua celebração. No mérito, sustentou que a conduta ilícita gerou efeitos no Brasil e consistiu em repasse simultâneo aos clientes de diferentes taxas e sobretaxas utilizadas internacionalmente, aplicáveis principalmente a encomendas enviadas aos Estados Unidos, tais como "Sobretaxa de risco de guerra" e "Sobretaxa de segurança".

O Conselheiro Maia também entendeu que a Abreti utilizou a sua estrutura para promover as discussões relacionadas ao cartel entre as empresas que deveriam concorrer entre si no mercado nacional. Por essa razão, a entidade foi condenada pela prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme.

Tendo em vista o cumprimento das obrigações previstas no acordo de leniência celebrado com as empresas Deutsche Post AG, DHL Logistics Brasil e Exel Global Logistics do Brasil, além de pessoas físicas relacionadas a elas, o Tribunal declarou extinta a ação punitiva em relação aos signatários. O Conselho também declarou o processo suspenso no que diz respeito a 19 empresas e nove pessoas físicas compromissárias de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) firmados com a autarquia, até que sejam reconhecidas, na integralidade, as obrigações assumidas.

As demais empresas investigadas foram aplicadas multas que somam R\$ 31,2 milhões.

Cade conclui julgamento de cartel de empresas de manutenção predial

O Tribunal do CADE acolheu por maioria o voto-vista do conselheiro Luiz Hoffmann nos autos do Processo Administrativo nº 08012.005024/2011-99, pela condenação de duas empresas e quatro pessoas físicas por formação de cartel no mercado de serviços de manutenção predial.

O processo administrativo foi instaurado a partir do desmembramento de uma outra investigação no setor, que teve início com a assinatura de um acordo de leniência (Processo nº 08012.006130/2006-22), julgado pelo Tribunal do Cade em agosto de 2017.

Foi relatora do caso a conselheira Lenisa Prado que sustentou o arquivamento do feito pela ocorrência de prescrição intercorrente, em razão da avaliação dos atos de instrução que ocorreram no transcurso de três anos: (i) recebimento de informando sobre decisão judicial relacionada ao Processo Administrativo em análise; (ii) juntada da decisão judicial que revogava o impedimento parcial de utilização de provas no processo; (iii) despacho de tramitação interna do processo; (iv) listas de presença de reunião das autoridades com os representantes das partes investigadas (que são equivocadamente chamadas de "atas").

Lenisa sustentou o entendimento da Conselheira Paula Azevedo no PA nº 08012.009581/2010-06 (Cartel Internacional de Metionina), segundo o qual, no contexto da análise da prescrição intercorrente é preciso avaliar se os atos praticados pela Administração possuem o objetivo de auxiliar na apuração dos fatos investigados. Assim, o núcleo da questão consistiria na motivação do ato administrativo, independente do resultado.

Em particular ao caso em concreto, a relator ponderou que reuniões de advogados das partes com a superintendência seriam atos de mero expediente e atos burocráticos da autoridade não interrompem a prescrição.

De acordo com o voto vogal do conselheiro Luiz Hoffmann, que foi seguido pela maioria do Conselho, outros atos no andamento processual seriam de natureza inequívoca de instrução a ensejar o afastamento da ocorrência de prescrição.

Segundo Hoffmann, o cartel se estruturou por meio da troca de informações comercialmente sensíveis e da divisão de mercado entre os concorrentes. Os envolvidos no conluio combinaram os valores das propostas a serem apresentadas tanto em contratações privadas quanto em licitações públicas e simularam a competição apresentando nos certames propostas fictícias ou de cobertura.

CADE se manifesta contrário a inclusão de competência do MPF sobre Projeto de Lei que define competências para processamento de crimes contra a ordem econômica

A Presidência do CADE enviou à Câmara dos Deputados, Nota técnica da Superintendência-Geral sobre Projeto de Lei nº 1.332, de 2020, proposto pelo Deputado Lincoln Portela, que define os crimes contra a ordem econômica, fixa competência criminal federal e estadual para os mesmos crimes, define a legitimidade do Ministério Público no âmbito cível para as causas em que estejam sendo analisados atos infrativos à ordem econômica e suas consequências e dá outras providências, nos termos do inciso I do artigo 22, dos incisos I, IV e VI do artigo 109 e dos artigos 127 e 128 da Constituição Federal.

A Nota Técnica não apontou problemas quanto aos itens do projeto, com exceção ao art. 6º, que propõe acréscimo a requisito de eficácia ao instrumento de acordo de leniência antitruste ao enunciar que "A celebração de acordo de leniência previsto no artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 terá a participação do membro do Ministério Público Federal que atua perante aquele tribunal para a plena eficácia de seus efeitos penais."

A Nota Técnica manifesta posição contrária à aprovação exclusivamente desse art. 6º do referido Projeto, por entender que o artigo destacado amplia competência legal da representação do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sem corroborar qualquer resultado eficiente para a dinâmica do processo de negociação de tais acordos.

O documento informa que o procedimento de negociação de acordos do CADE rotineiramente envolve participação do Ministério Público na sua assinatura, tendo em conta o interesse recíproco da atuação cooperativa para esclarecimento de fatos que podem ser a um só tempo infração administrativa e crime. A autoridade criminal acessa o produto da investigação do CADE, enquanto o CADE fornece insumos para a persecução criminal dos não signatários, o que fortalece o interesse no programa. Destaca, a Nota Técnica que dos 104 acordos de leniência assinados até hoje 101 contaram com participação de órgãos do Ministério Públicos que se reconheceram à ocasião como *promotores naturais* para os fatos criminosos.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

É certo que em 24 ocasiões os acordos foram assinados por órgãos de Ministérios Públicos Estadual e Federal em razão de potenciais dúvidas quanto ao alcance das competências criminais federais ou estaduais para aqueles feitos. Contudo, em nenhum dos casos, contudo, a interveniência no acordo se deu pela representação do Ministério Público Federal junto ao Cade, visto que este ofício não possui competência criminal.

O arranjo sugerido pelo art. 6º do presente Projeto de Lei não aboliu as competências criminais dos *promotores naturais* para fatos apurados pelo CADE que constituam crimes contra a ordem econômica, sejam eles em investigações de ofício ou em negociações de acordo de leniência. As ações coordenadas com autoridades criminais continuariam a ser buscadas pela autarquia porque continuariam a ser a forma mais efetiva de instrução probatória e tutela da ordem econômica.

Na prática, estar-se-ia tão somente acrescentando uma instância no processamento de pedidos de acordo. Instância esta que já tem a prerrogativa de se manifestar sobre o acordo por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Cade, pois, por ordem legal, perante ele já deve funcionar a representação do Ministério Público nos processos administrativos de defesa da concorrência.

Tribunal nega avocações de atos de concentração

A sessão plenária foi marcada por quatro avocações que foram realizadas nos seguintes atos de concentração: (i) 08700.000821/2021-01 (American Tower International, Inc. e Telxius Telecom S.A.); (ii) 08700.000167/2021-28 (Rede D'Or São Luiz S.A. e Hospital América Ltda); (iii) 08700.001313/2021-32 (Smartfit Escola de Ginástica e Dança S.A. e Just Fit Participações em Empreendimentos S.A.); e (iv) 08700.006373/2020-61 (Serasa S.A. e Claro S.A.).

Chamados a julgamento, a conselheira Lenisa Prado que os avocara informou a desconsideração de seu despacho avocatório em relação aos três acima citados, por ter sido convencida da presença de elementos necessários para aprovação sem restrições pelas partes requerentes, em reuniões com seu gabinete.

Restou sob exame a operação entre Serasa e Claro, que foi inclusive objeto de manifestação oral do representante do MPF em prol do acolhimento da avocação. A Superintendência-Geral conheceu e aprovou sem restrições, e negou habilitação da Boa Vista SPC como terceiro interessado, sustentando, no mérito, que não haveria risco concorrencial de fechamento de mercado para bureaux concorrentes das requerentes, vez que a Claro não tem atualmente contratos vigentes com outras empresas para comercialização das informações, as quais serão fornecidas de forma exclusiva para a Serasa. Ainda, os bureaux concorrentes poderiam obter dados dessa natureza por outros meios.

Lenisa Prado sustentou que o interesse da Boa Vista em se habilitar no processo como terceiro interessada foi indevidamente negado pela Superintendência-Geral. Além disso, o relevante investimento inicial da Serasa na Claro, indica que o contrato perduraria por prazo significativamente superior aos 12 meses previstos no piloto, por meio de sucessivas prorrogações. Sendo pouco provável que os resultados financeiros esperados no prazo de 12 meses após a celebração do Contrato Piloto remunerem o investimento inicial demandado das partes.

Em relação ao mérito, considerando que a Operação deve ser analisada como um joint venture contratual (e não como um contrato associativo, que é de notificação obrigatória apenas quando há concorrência no mercado objeto do contrato), Lenisa pugnou por uma análise da possibilidade de fechamento de mercado. Nas suas palavras: "*A afirmação simplista de que os dados fornecidos pela Claro podem ser obtidos por outros bureaux por outras formas, e que atualmente ela não fornece os dados objetos da parceria para nenhum outro bureau, desconsidera questões importantes do ponto de vista concorrencial.*"

Seu pedido de avocação foi contraposto por voto do conselheiro Luiz Hoffmann que ponderou a instrução realizada pela SG apurou que os dados a serem fornecidos pela Claro não são estratégicos a ponto de serem necessários para atuação dos birôs de crédito, tendo em vista que: (i) representam parcela não substancial do mercado, de modo que dados de diversas outras empresas estariam disponíveis aos concorrentes da Serasa; (ii) os produtos desenvolvidos pela Serasa serão destinados tão somente à Claro (e não concorrentes desta empresa); e (iii) os dados até mesmo poderiam ser obtidos de outras formas de base de dados cadastrais.

O posicionamento de Hoffmann foi seguido pela maioria dos conselheiros e pelo Presidente do CADE.

Cade aprova política comercial dos Postos Ipiranga

O Tribunal do CADE analisou voto da conselheira Paula Azevedo nos autos da Consulta nº 08700.002055/2021-10, em que a Ipiranga Produtos de Petróleo requereu avaliação da licitude concorrencial de nova política da distribuidora para negociação de preços com revendedores de combustíveis que integram a sua rede.

Segundo seu voto, a Ipiranga solicitou manifestação do Cade a respeito da implementação de um sistema de precificação, com mecanismo inteligente e uso de algoritmos, para negociação com revendedores da sua bandeira, a partir da adoção de estratégia de sugestão de preço máximo de combustíveis líquidos no varejo.

De acordo com a relatora a política possui a previsão de que a manutenção dos preços de revenda será realizada por meio de sugestão, e os parâmetros sugeridos, de forma individualizada a cada posto, são relacionados a preço máximo dos produtos, e não mínimo. Segundo Azevedo, essa precificação individualizada reduz os riscos de uniformização entre os concorrentes. Também afastam possíveis resultados lesivos à

Cade conclui julgamento de cartel em licitações de Material Escolar

O Tribunal do CADE condenou, seis empresas e 12 pessoas físicas por formação de cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de uniformes e kits de materiais escolares para alunos da rede pública de ensino (Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15).

O processo tem por base investigações policiais que apontaram a coordenação e fraude em licitações nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Goiás, entre os anos 2007 e 2012. As principais provas das práticas anticompetitivas foram obtidas por meio de operação de busca e apreensão, com autorização judicial, que foi realizada na sede de empresas em setembro de 2012.

Foi relatora a conselheira Paula Azevedo que entendeu que os envolvidos no cartel mantinham contato permanente com a finalidade de fixar preços e ajustar vantagens em licitações, de forma a dividir o mercado, inclusive por meio de subcontratações, e designar previamente os vencedores dos certames, causando prejuízo à livre concorrência e aos cofres públicos brasileiros. A implementação das estratégias incluiu apresentação de propostas de cobertura e supressão de propostas nas licitações.

Como resultado a Relatora votou pela condenação das empresas e pessoas físicas as seguintes multas: a) Capricórnio S.A. – R\$ 11.821.500,00; b) Júlio Manfredini – R\$ 2.364.300,00; c) Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio – R\$ 18.909.485,83; d) Abelardo Paolucci – R\$ 3.781.897,17; e) Marcos Antônio Miranda da Silva – R\$ 2.836.422,87; f) Mercosul Comercial e Industrial Ltda. – R\$ 1.789.824,66; g) Antônio Carlos Leskovar Borelli – R\$ 357.964,93; h) Jannivaldo Marques Santos – R\$ 357.964,93; i) Roberto Giro Nakano – R\$ 357.964,93; j) Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. – R\$ 24.900.939,90; k) Valdemar Ábila – R\$ 4.482.169,18; l) Excel 3000 Materiais e Serviços Ltda. – R\$ 19.272.069,67; m) Attendy Artigos de Vestuário e Confecções Ltda. – R\$ 194.445,30; n) Nilcatex Têxtil Ltda. – R\$ 24.367.745,22; o) Eldo Umbelino – R\$ 4.386.194,14 e imposição de penalidades acessórias, nos termos do art. 38, incisos VI e VII, da Lei 12.529/2011.

A Relatora votou pelo arquivamento do processo em relação aos seguintes Representados, em razão da inexistência de responsabilidade individual, considerando a interpretação dada ao art. 37, inciso II, da Lei nº 12.529/11: Reinaldo Paolucci; Emerson da Silva; Mickael Villela Brandão Paolucci; Kalvin Villela Brandão Paolucci; Maurício Paolucci; Alexandre Costa dos Santos; Renato Borges Duarte. Finalmente, o arquivamento do processo em relação aos seguintes Representados, por insuficiência de provas: NCR Uniformes Ltda.; Tecelagem Guelfi Ltda.; Libero Comercial Ltda.; Ricardo Gonçalves Guerra; Cláudio Roberto da Silva; Erica Nunes do Santos Lima; Silvio Carlos dos Santos; Márcio Nogueira Vignol. Além disso, a extinção da ação punitiva com relação ao Signatário do Acordo de Leniência

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia que retomou o julgamento na presente sessão. Em seu voto-vista Mauricio Maia buscou a reforma da dosimetria das multas impostas pela relatora. Neste ponto, restou vencido, juntamente com os votos do conse. Hoffmann e do Presidente.

Todavia, por maioria, seu voto-vista foi seguido para condenação das pessoas físicas: Reinaldo Paolucci; Emerson da Silva; Mickael Villela Brandão Paolucci; Kalvin Villela Brandão Paolucci; Maurício Paolucci; Alexandre Costa dos Santos; Renato Borges Duarte, por entender haver provas suficientes de vinculação aos fatos investigados. Vencidos, a relatora, Sérgio Ravagni e Lenisa Prado.

O voto-vista também foi vencedor na divergência que abriu pela não aplicação de outras sanções não-pecuniárias previstas no voto da relatora. Foram vencidos também, os votos de Ravagnani e Braidó, por terem seguido o entendimento da relatora.

Discussão impede a homologação de decisão do ex-Presidente determinando reinstrução do caso Nestlé-Garoto

A fase de homologação de despachos e decisões monocráticas de 30 de junho foi encerrada após discussões sobre despacho da lavra do ex-presidente Alexandre Barreto nos autos do Processo nº 08012.001697/2002-89, determinando a remessa dos autos para que a Superintendência-Geral iniciasse reinstrução do mérito, face o longo tempo que se passou e ante uma previsão dada pela ProCADE de que o julgamento do caso Nestlé-Garoto estaria por ser encerrado com a anulação do julgamento inicial e a determinação, pelo TRF1, de novo julgamento.

Lenisa Prado e Sérgio Ravagnani expressaram estranhamento ao fato que tal decisão não ter sido incluída no rol dos últimos expedientes da presidência, como seria a prática regimental. Manifestaram, ainda, oposição a determinação de reinstrução no atual estado processual do processo judicial em curso no TRF da 1ª Região.

Maurício Maia afirmou que deliberadamente não levou o despacho à homologação por considerar que o feito não precisaria de tal crivo. Finalmente, afirmou que teria



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL
COMISSÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

competição no setor o fato de que a política é unilateralmente promovida e desenvolvida pela distribuidora, e não existem mecanismos de monitoramento ou retaliação pela sua não adoção pelos revendedores.

competências como Presidente Interino de pautar ou não tais despachos para homologação pelo Tribunal do CADE.
Finalmente, Walter Agra Jr, manifestou que a ProCADE, a quem caberia a competência do processo judicializado, não foi intimada da decisão do ex-presidente. Por esta razão, tal despacho ainda dependeria de manifestação sua para ter eficácia.

Cade condena OGMO e empresas associadas por coordenação para impedimento de novos entrantes em porto

O Tribunal do CADE por maioria decidiu pela condenação do Órgão Gestor de Mão de Obra do Trabalho Portuário Avulso de Belém e Vila do Conde (OGMO-BVC) e sete operadores portuários por práticas anticompetitivas (Processo Administrativo nº 08700.008751/2015-83).

O caso teve início a partir de denúncia da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que informou ao Cade que o OGMO-BVC cobrava uma taxa inicial (conhecida como "joia") de novos operadores portuários, prejudicando a concorrência no setor. As "joias" em diferentes formatos e valores foram instituídas mediante deliberações dos associados em assembleias gerais.

Foi relatora a conselheira Lenisa Prado que votou pelo arquivamento do processo por insuficiência de provas de conduta lesiva na imposição das jóias. Segundo seu voto, por considerar que não restou clara uma definição de concorrentes e a apuração de barreiras à entrada de concorrentes. Além disso, destacou o fato de que a entrada de novos operadores portuários seria vista como uma vantagem para os operadores já atuantes no que diz respeito ao OGMO BVC, vez que o porto de Vila do Conde não teria escassez de espaço físico, sendo viável a entrada de novos operadores portuários de maneira independente ao OGMO. Portanto, a adesão ou ingresso no OGMO não seria essencial para viabilizar a contratação de serviços no porto.

O julgamento foi suspenso e retomado nesta sessão, com o voto-vista do conselheiro Luiz Hoffmann que deliberou pela condenação das empresas OGMO-BVC, Amazon Logistics, BF Fortship Agência Marítima (Novad Agência Marítima), Majonav Navegação, Albras Alumínio Brasileiro, Movimento Transporte e Locação de Máquinas, Santos Brasil Participações e Norte Trading Operadora Portuária pelas práticas anticompetitivas.

Em votação, todos os demais conselheiro e presidente seguiram a divergência de Hoffmann que concluiu que as taxas de "joia" estabelecidas em assembleia teria potencial de causar efeitos anticoncorrenciais, sem que existisse justificativa para a cobrança. Hoffmann sustentou que o OGMO seria essencial à contratação de mão-de-obra no porto e que novas taxas foram deliberadamente criadas com o objetivo de tornar mais cara a entrada de novos operadores portuários.

Tribunal Acolhe Proposta de análise de Contratos de RAN SHARING pelo DEE/CADE

O Tribunal do CADE acolheu homologação ao despacho de lavra da conselheira Paula Azevedo nos autos do ato de concentração nº 08700.006656/2020-11, negando seguimento ao recurso administrativo pleiteado por Algar Telecom S.A., para revisão da aprovação da operação envolvendo contrato de RAN Sharing com cessão unilateral, envolvendo 81 (oitenta e um) Estações Rádio Base (ERB), por meio do qual a Telefônica compartilhará sua rede de acesso e espectro de radiofrequência à Claro. A conselheira considerou não haver elementos na operação que pudessem destacar a necessidade de uma avaliação mais aprofundada que aquela realizada pela superintendência, todavia, reconheceu a relevância e pertinência das preocupações suscitadas pela Algar quanto ao setor de telecomunicações e, mais especificamente, quanto ao mercado de SMP.

Diante do número crescente de contratos de RAN Sharing firmados entre as quatro principais operadoras de telefonia e das características do mercado a nível nacional, a autoridade da concorrência deve lançar um olhar mais próximo e atento sobre como tais compartilhamentos têm se desenvolvido, especialmente em razão da possibilidade de que o compartilhamento em excesso possa representar um desincentivo à inovação e ao investimento em redes próprias.

Azevedo pontuou como relevante acompanhar (i) a evolução da estrutura dos mercados afetados, (ii) a existência de eventual coordenação de estratégias comerciais entre as partes do compartilhamento e (iii) potencial incremento no exercício de poder coordenado; (iv) o padrão de compartilhamento com terceiros interessados na infraestrutura e (v) eventual existência de condutas anticompetitivas unilaterais, relacionadas à recusa de compartilhar ou à discriminação de rivais; bem como a análise sobre (vi) as eficiências alcançadas, (vii) o nível de rivalidade e (viii) o nível de bem-estar do consumidor nas localidades onde ocorrem os contratos.

Por essas razões, determinou a realização de estudo liderado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE), com apoio de outras unidades do CADE, como a SG/CADE e o Tribunal.

EDITORIAL

O Boletim de Jurisprudência é uma compilação de decisões identificadas por seus membros para registro de notícias, eventos e decisões administrativas e judiciais ligadas ao sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A publicação é mensal e está a cargo da Subcomissão de Assuntos Legislativos da CDcoabdf. Os resumos são baseados nas versões públicas de documentos oficiais e não refletem a posição particular dos membros da Comissão.

Editores:

Maurílio Monteiro de Abreu

Ludmylla Scalia Lima

Thales de Melo e Lemos

Renata Foizer S. Manzoni

Fabio Malatesta dos Santos

Felipe Fernandes Reis

Dúvidas e sugestões podem ser enviadas para o e-mail: mma@ajdc.com.br (Maurílio Abreu)

Acompanhe-nos no Instagram #cdcoabdf

Boletim de julgados do SBDC - edição 10 - maio-junho/2021