



**Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP**  
**Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 2º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504  
 Telefone: (61) 3221-8436 e Fax: (61) 3326-9733 - www.cade.gov.br

**NOTA TÉCNICA Nº 13/2017/CGAA3/SGA1/SG/CADE**

Processo nº 08700.011091/2015-18

**Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18**

**Representante:** Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André - Semasa

**Advogados:** Wladimir Antonio Ribeiro, Raquel Lamboglia Guimarães e outros.

**Representada:** Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp

**Advogados:** Sérgio Varella Bruna e outros.

EMENTA: Inquérito Administrativo. Possível discriminação de preços e *margin squeeze* por parte da Sabesp contra o Semasa Mercado de distribuição de água no varejo e no atacado. Ausência de indícios de infração à ordem econômica. Arquivamento nos termos do artigo 13, IV, c/c artigo 67 da Lei nº 12.529/11.

**1. RELATÓRIO**

**1.1. Da Representação do Semasa**

1. Este Inquérito Administrativo para a apuração de infrações à ordem econômica foi instaurado por esta Superintendência-Geral (“SG”), motivado por Representação apresentada pelo Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André (“Semasa”)[1]. Na Representação, o Semasa alega que a Companhia de Saneamento do Estado de São Paulo (“Sabesp”) estaria criando dificuldades ao funcionamento de prestadores autônomos municipais de distribuição de água no varejo.
2. De acordo com o Semasa, a Sabesp é uma das maiores empresas de saneamento do mundo em população atendida por sistemas integrados, com 28,2 milhões de pessoas abastecidas com água e 22,1 milhões de pessoas atendidas pela coleta de esgotos.
3. Explica que a Sabesp atua de duas maneiras: (i) em alguns municípios, fornece apenas água no atacado para os serviços municipais de saneamento básico; e (ii) em outros municípios, atua tanto no atacado quanto no varejo, distribuindo água para usuários residenciais, comerciais e industriais.
4. O cerne da alegação do Semasa diz respeito a suposto abuso de posição dominante por parte da Sabesp no mercado de fornecimento de água no atacado. A Sabesp estaria atuando de modo a excluir os prestadores autônomos municipais de serviços de fornecimento de água no varejo, com a intenção de se tornar verticalizada em todos os municípios em que fornece água no atacado. Segundo o Semasa, uma ausência de regulação efetiva do setor teria permitido que a Sabesp discriminasse os prestadores autônomos municipais de serviços de fornecimento de água no varejo: os preços praticados no atacado para os prestadores verticalizados seriam inferiores aos preços para os prestadores autônomos municipais de serviços de distribuição de água no varejo.
5. O Semasa sistematizou a suposta conduta da Sabesp da seguinte forma:
6. *“(1) as condutas da Sabesp geram vultosas dívidas dos serviços autônomos dos municípios, (2) os municípios se veem constrangidos a entregar os seus serviços autônomos de varejo, sufocados por tais dívidas, (3) esses serviços são incorporados pela Sabesp apenas pelo valor de seus ativos, com perdão da parcela restante da ‘dívida’, passando aquela que atuava como fornecedora de água apenas no atacado a suceder os municípios (suas empresas ou autarquias) como prestadora dos serviços no varejo. Anote-se, ainda, que (4) a ‘quebra’ dos prestadores no varejo vem tendo como beneficiária a Sabesp, não tendo ensejado a abertura de procedimento licitatório que poderia ser disputado e vencido por uma terceira empresa atuante no mercado de saneamento básico”.*
6. Segundo o Semasa, o procedimento relatado acima teria se repetido nos mercados dos municípios de Osasco (1999), São Bernardo do Campo (2003) e Diadema (2013), sendo que os municípios de Guarulhos, Santo André e Mauá estariam pressionados pelas dívidas crescentes.
7. O Semasa afirma, ademais, que o fato de o preço de água no atacado ser fixado por uma agência reguladora – a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (“Arseps”) – desde o ano de 2012 não torna inviável a conduta relatada. Isso porque (i) “as condutas infracionais da Sabesp são continuadas e tiveram origem e consolidação (produzindo efeitos presentes) muito antes da atuação da agência reguladora em matéria de saneamento”; e também devido à alegação de que (ii) a Arseps nunca teria produzido “qualquer estudo ou outro ato no sentido de avaliar os critérios que orientam a fixação do preço (discriminatório), limitando-se a reproduzir o preço praticado no passado (e fixado pela Sabesp), promovendo mera atualização monetária desses valores”. Em outras palavras, o Semasa assevera que a Arseps se limitaria a reajustar anualmente as tarifas máximas a serem praticadas pela Sabesp[2].

**1.2. Da instauração de Procedimento Preparatório**

8. Em 13/11/2015 foi instaurado Procedimento Preparatório[3]. Com o intuito de obter maiores detalhes acerca da suposta conduta denunciada, esta SG enviou ofícios à Arseps e a distribuidoras de água no varejo que atuam em outros municípios.

9. Em sua resposta, a Arsesp<sup>[4]</sup> informou que os seguintes municípios eram atendidos por distribuidores independentes no varejo e passaram a ser atendidos pela Sabesp nos últimos 15 anos:

**Quadro 1 - Municípios que passaram a ser atendidos pela Sabesp nos últimos 15 anos**

Município	Data do Contrato
Diadema	18.3.2014
Glicério	10.4.2013
Magda	30.12.2009
Torrinha	11.09.2013
Brejo Alegre	15.12.2000
Quadra	11.10.2000
São Bernardo do Campo	19.12.2003
Santa Isabel	05.08.2015

Fonte: Arsesp.

10. Além disso, a Sabesp teria adquirido participação nos municípios de Andradina, Castilho e Mairinque.
11. A Arsesp também informou que os municípios de Guarulhos, Mauá, Mogi das Cruzes, Santo André e São Caetano, na região metropolitana de São Paulo (“RMSP”), e Sumaré, na região metropolitana de Campinas, adquirem água no atacado da Sabesp.
12. A agência reguladora explicou como é calculada a tarifa média geral estabelecida para a Representada, destacando que a Sabesp não conseguiria utilizar o poder de monopólio para obter ganhos adicionais, *“uma vez que o P0 [tarifa média geral] calculado e a estrutura vigente que resultam na receita e requerida de equilíbrio calculada são fixados e regulados pela Arsesp”*.
13. Finalmente, a Arsesp informou que o regime tarifário aplicado à Sabesp é do tipo preço máximo (*price cap*), com as tarifas-teto estabelecidas com base nos custos considerados eficientes da empresa, projetados para o ciclo tarifário, bem como a remuneração dos investimentos realizados, com base na taxa do Custo Médio Ponderado de Capital.
14. As distribuidoras municipais autônomas de água no varejo também apresentaram manifestações, informando, em síntese, o que segue:
- o Departamento de Água e Esgoto de São Caetano do Sul (“DAE/SCS”)<sup>[5]</sup> informou que (i) é totalmente dependente da água produzida e fornecida no atacado pela Sabesp; e (ii) que não tem participação nas reuniões de decisão dos reajustes e nunca recebeu a composição de custos que representa o preço atualmente cobrado para o tratamento e entrega do metro cúbico de água produzido;
  - o Serviço Municipal de Água e Esgotos de Mogi das Cruzes (“Semae”)<sup>[6]</sup> informou que existem diferenciações de valores cobrados pela Sabesp no atacado e no varejo. O Semae não tem conhecimento dos critérios de definição de preços praticados pela companhia de saneamento em questão, sendo que, como cliente da Sabesp, enquadra-se nos preços tabelados;
  - o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos (“SAAE”)<sup>[7]</sup> informou que identifica discriminação da Sabesp com relação à quantidade fornecida, o que teria provocado impactos na qualidade dos serviços de abastecimento de água da cidade e com relação à prática de uma tarifa *“muito acima do razoável”*, o que teria comprometido a sustentabilidade da prestação dos serviços por parte do SAAE:
    - no que tange ao primeiro aspecto, o SAAE mencionou que adquire 87% do volume de água consumido no município diretamente da Sabesp, no atacado. O SAAE afirmou que a Sabesp reduziu a vazão fornecida para Guarulhos entre fevereiro de 2014 e dezembro de 2015, de forma que o município estaria recebendo uma quantidade de água inferior ao que deveria receber em função do peso relativo de sua população;
    - no que tange aos valores das tarifas, o SAAE apresentou documento que indicaria que, se a Sabesp praticasse internamente a mesma tarifa cobrada da SAAE, suas tarifas de varejo deveriam ser muito maiores em relação às atuais. O documento também indicaria que a Sabesp mantém a mesma estrutura tarifária do varejo em toda a região metropolitana de São Paulo, o que significaria que ela praticaria, para si mesma, tarifas de água por atacado diferentes daquelas cobradas dos serviços autônomos municipais. Em razão da estrutura tarifária do fornecimento de água no atacado e no varejo, seria natural que os serviços municipais acumulassem déficits e dívidas com a Sabesp, acabando por entregar suas concessões em troca do pagamento de dívidas, o que alega ter sido o caso de Osasco, São Bernardo e, mais recentemente, Diadema;
  - a Odebrecht Ambiental S.A. (“Odebrecht”)<sup>[8]</sup> informou que apenas a concessionária localizada em Sumaré adquire água da Sabesp, sendo que o volume necessário foi de apenas 8% do consumido pelo município. A Odebrecht informou que o valor atualmente cobrado pela Sabesp só é viável porque a quantidade demandada não é significativa. Defende também que o preço cobrado seria desproporcional ao custo de produção de água no atacado.

### I.3 Da instauração de Inquérito Administrativo

15. Em 03/03/2016, instaurou-se Inquérito Administrativo em desfavor da Sabesp para a continuidade de novos expedientes instrutórios. Conforme mencionado na Nota Técnica<sup>[9]</sup> que embasou a instauração do Inquérito Administrativo, os fatos trazidos ao conhecimento do Cade pelo Semasa teriam, em tese, o potencial de constituir uma infração à ordem econômica, nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Em especial, entendeu-se necessário analisar se a Sabesp efetivamente praticava discriminação de preços, conforme manifestações apresentadas pelos prestadores municipais de distribuição de água independentes.

16. A Sabesp apresentou manifestação[10] alegando que as acusações formuladas pelo Semasa seriam improcedentes e que a denúncia apresentada seria “apenas mais um lance no litígio que se vem estendendo há mais de 20 anos”. De acordo com a Sabesp, em meados da década de 1990, municípios que exploravam diretamente os serviços de água e esgoto decidiram arbitrariamente não mais pagar o valor total da tarifa relativa ao fornecimento de água por atacado, gerando dívidas que se acumulam até hoje.
17. A companhia de saneamento afirmou que o Semasa estaria utilizando o Cade como um instrumento para postergar o cumprimento de suas obrigações com a Sabesp, após diversas tentativas nesse sentido perante o Judiciário. Destacou que o valor cobrado pela Sabesp nas vendas de água no atacado é determinado anualmente pela Arsesp, de modo que a Sabesp nunca foi livre para estabelecer seus próprios preços[11].

#### I.4 Dos Atos Instrutórios

18. Diversos ofícios foram enviados por esta SG para instruir o presente caso. O Saneamento Básico do Município de Mauá (“Sama”) afirmou, em resposta a ofício[12], que as condutas denunciadas pelo Semasa seriam praticadas também contra o Sama e que não haveria clareza no que concerne à definição da tarifa de atacado praticada pela Sabesp.
19. A Associação Nacional de Serviços Municipais de Saneamento (“Assemæ”) protocolou manifestação[13] reiterando seu apoio ao Semasa por recorrer ao Cade para a abertura de Inquérito Administrativo contra a Sabesp. A Assemæ destacou que a Sabesp possuiria poder de monopólio da água no atacado e viria praticando preços abusivos com a intenção de inviabilizar economicamente os serviços autônomos da RMSP, sendo necessária uma investigação aprofundada devido a alegada falta de transparência da Sabesp.
20. O Semasa juntou aos autos parecer[14] que versa sobre a suposta conduta de *margin squeeze*, sobre o funcionamento da Sabesp e da Arsesp e sobre a atuação do Cade no âmbito da conduta alegada.
21. Foram encaminhados novos ofícios às distribuidoras municipais autônomas de água no varejo dos municípios de Guarulhos, São Caetano do Sul, Mogi das Cruzes, Mauá e Santo André, solicitando esclarecimentos acerca dos critérios de precificação e regulação do preço aplicado por cada empresa na venda de água no varejo, bem como dados relativos às tarifas aplicadas pela Sabesp no atacado e às tarifas aplicadas pelas empresas no varejo, nos últimos 10 (dez) anos.
22. O Semae[15] informou que segue o parâmetro de preço praticado pela Sabesp, porém em percentual menor, uma vez que os custos para a produção e tratamento da água realizados pelo próprio Semae são inferiores. Ademais, ressaltou que a condição econômica do município não comportaria uma tarifa alta, pois prejudicaria os contribuintes. Afirmou que a empresa não possui qualquer vínculo com a Arsesp, mas utiliza os percentuais fornecidos por ela como parâmetros no reajuste das tarifas, sendo que a competência para definir e reajustar as tarifas é do diretor geral da autarquia.
23. O Semasa[16], o DAE/SCS[17] e o SAAE[18] afirmaram que os critérios utilizados na precificação e na regulação do preço aplicado pelos mesmos para a venda de água no varejo em seus respectivos municípios atendem às diretrizes instituídas pela Lei Federal nº 11.445/2007 (Lei Nacional do Saneamento Básico)[19]. Os reajustes são de competência dos prefeitos nos casos do Semasa e do DAE/SCS, enquanto, no caso do SAAE, as tarifas são analisadas pela Agência Reguladora de Saneamento de Guarulhos (“AGRU”), criada em 2012.
24. Ressaltam que a tarifa cobrada deve refletir os custos mínimos necessários, apenas os incorridos na prestação do serviço, correspondentes a custos em regime de eficiência, para viabilizar o fornecimento dos serviços de saneamento básico, não se admitindo que custos excessivos e imoderados sejam incorporados ao valor das tarifas.
25. O SAAE alega que as tarifas de atacado praticadas pela Sabesp estariam muito além da capacidade de pagamento da população de Guarulhos. Afirma que está na iminência de desenvolver um estudo para captação própria que ofereça alternativas de abastecimento na quantidade necessária e no preço que seus habitantes teriam condições de suportar.
26. O Semasa elenca diversas ações judiciais em que contestou as tarifas estipuladas pela Sabesp. Anexou, ainda, nota técnica que analisa as informações dos autos deste Inquérito e conclui que se encontraria comprovada a conduta delitiva por parte da Sabesp.
27. O SAAE protocolou petição[20] requerendo a instauração de inquérito administrativo em face da Sabesp, alegando que a mesma pratica condutas tipificadas no artigo 36, I, II e IV c/c artigo 36, § 3º, IV, V e X da Lei nº 12.529/2011. Considerando a similaridade entre os objetos das duas denúncias, a petição foi juntada aos autos deste Inquérito Administrativo.

#### I.5 Da Nota Técnica emitida pelo Departamento de Estudos Econômicos (“DEE/Cade”)

28. Em nota técnica elaborada a respeito do presente caso[21], o DEE, inicialmente, salientou que o Cade não é agência reguladora do preço deste mercado, não podendo, assim, substituir um comando positivo e autorizativo de precificação dado por uma agência reguladora legalmente instituída, limitando-se a competência desta autarquia a questões afetas ao processo concorrencial.
29. Observa, na sequência, não haver impedimento para que um agente de mercado precifique acima do custo marginal, citando, inclusive, exemplos de votos de conselheiros do Cade nesse sentido[22].
30. A respeito das denúncias de *margin squeeze* e de discriminação de preços, o DEE conclui não haver substrato teórico capaz de comprovar o quanto alegado pelo Representante a justificar o prosseguimento desta investigação.
31. É, em síntese, o relatório.

## 2. ANÁLISE

### II.1 Considerações iniciais

32. O Semasa acusa a Sabesp de incorrer em diversas condutas tipificadas no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Mais precisamente, a Representada teria infringido a ordem econômica praticando as condutas especificadas nos incisos I, II, III e IV do *caput* do artigo 36 da referida lei, e as especificadas nos incisos IV, V e XI do § 3º do mesmo artigo.
33. “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.
- (...)
- § 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
- (...)
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- (...)
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;”

34. A seguir é realizada a análise da denúncia com base nos elementos trazidos pela instrução empreendida até o momento.

## II.2 Do mercado relevante

35. A Sabesp é uma sociedade de economia mista que tem como seu acionista majoritário o Estado de São Paulo. Embora seu objeto social seja mais amplo, a Sabesp tem sua ação concentrada nos serviços de coleta e distribuição de água e de coleta, tratamento e destinação final de esgoto. À época de sua manifestação, a Sabesp era responsável por prestar tais serviços em 364 municípios do Estado de São Paulo.
36. Consoante precedentes do Cade[23], o setor de exploração de serviços de saneamento básico deve ser entendido como monopólio natural, dados os elevados custos fixos e reduzidos custos marginais destas atividades que tornam economicamente inviável a instalação e exploração de mais de uma concessionária em uma mesma localidade. Tal atividade é desenvolvida com exclusividade por uma concessionária e é outorgada através de um contrato de concessão pelo Poder Público. Dentre as particularidades deste segmento, tem-se que a concorrência se dá *pelo* mercado, no momento da licitação do serviço público, e não *no* mercado, como na maior parte dos segmentos econômicos[24].

### II.2.1 Do mercado relevante – dimensão produto

37. Para realizar suas atividades, uma empresa prestadora de serviços de saneamento primeiramente deve solicitar junto à Agência Nacional de Águas (“ANA”) outorga para captar água bruta de um determinado corpo hídrico (rios, lagos e represas). A imagem abaixo sintetiza as atividades de captação, tratamento e distribuição de água.

Figura 1 – Captação, tratamento e distribuição de água



Fonte: Sabesp[25].

38. De forma resumida, tem-se que, após a captação na represa (01), a água é bombeada para as estações de tratamento (02), onde passa por um processo de tratamento para se tornar água potável que envolve as etapas de pré-coloração, pré-alkalinização, coagulação (03), floculação (04), decantação (05), filtração (06), cloração e fluoretação (07). Após o tratamento, a água potável é armazenada inicialmente em reservatórios de distribuição e depois em reservatórios de bairros (08), espalhados em regiões estratégicas das cidades. Desses reservatórios a água vai para as tubulações maiores (denominadas adutoras (09)) e depois para as redes de distribuição (10) até chegar aos domicílios (11).
39. Conforme já mencionado, as atividades da Sabesp no segmento de distribuição de água ocorrem de duas formas: (i) distribuição de água no atacado para empresas independentes que comercializam água no varejo (nos municípios de Guarulhos, São Caetano do Sul, Mogi das Cruzes, Mauá e Santo André); e (ii) distribuição de água diretamente no varejo para os consumidores finais nos municípios do Estado de São Paulo nos quais é verticalmente integrada.
40. Pelas denúncias imputadas pelo Semasa ao Sabesp, entende-se que os mercados relevantes afetados pelas supostas condutas objeto da presente nota técnica são (i) o mercado de distribuição de água no atacado no *upstream* e (ii) o mercado de distribuição de água no varejo no *downstream*.

### II.2.2 Do mercado relevante – dimensão geográfica

41. De acordo com a jurisprudência do Cade, do ponto de vista geográfico, o mercado de distribuição de água no varejo é municipal e, em cada município, uma empresa de saneamento é monopolista nesse mercado. Portanto, define-se o mercado relevante geográfico no *downstream* afetado pela conduta investigada como cada um dos municípios da RMSP nos quais prestadores independentes de serviços de distribuição de água adquirem a maior parte da água que distribuem no varejo da Sabesp, quais sejam, Guarulhos, São Caetano do Sul, Mogi das Cruzes, Mauá e Santo André[26].
42. Já em relação à dimensão geográfica do mercado *upstream*, insta ressaltar alguns pontos. Para uma empresa captar água bruta diretamente de um determinado corpo hídrico no Estado de São Paulo, conforme supramencionado, é necessário obter uma outorga da Agência Nacional de Águas - ANA. Em se tratando de municípios no interior do Estado, é mais provável conseguir captar água de um recurso hídrico mais próximo ou, até mesmo, na própria localidade para a qual se deseja distribuir água potável. Para abastecer a RMSP, entretanto, é habitual que os recursos hídricos utilizados para captação de água sejam mais afastados do município para o qual se deseja distribuir a água.
43. Desse modo, embora uma empresa interessada em captar água possa receber outorga para fazê-lo em seu próprio município, em grande parte dos casos essa solução não é possível e é prática corriqueira do mercado que se capte água de uma localidade para abastecer outra. Assim, a dimensão geográfica do mercado relevante de distribuição de água é, com firmeza, supra municipal.

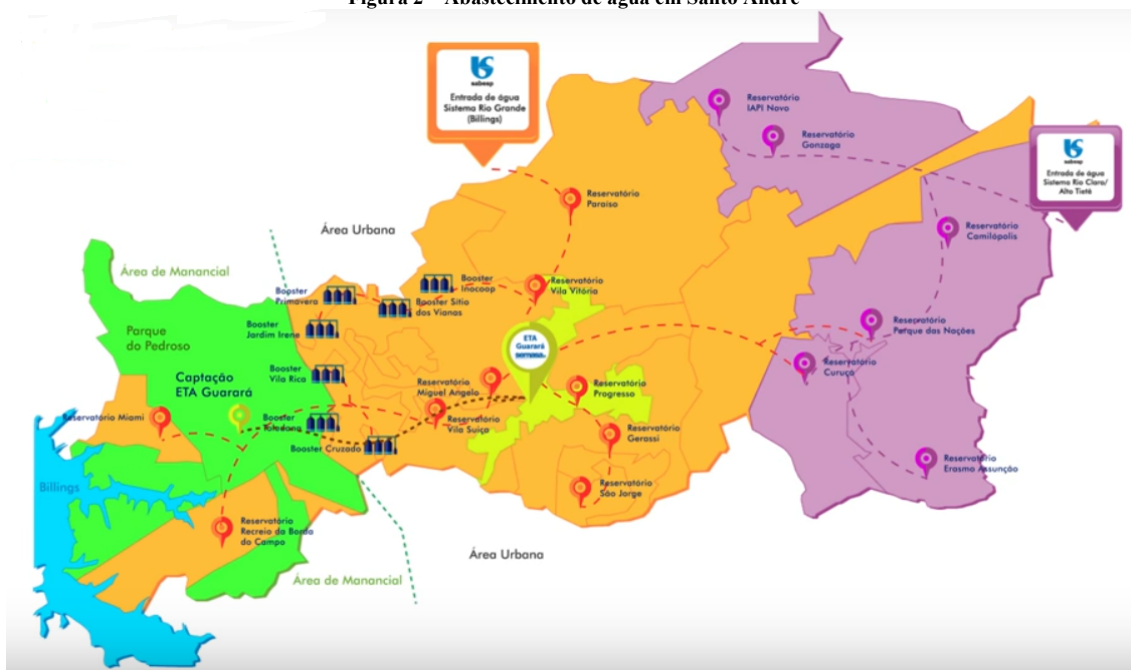


44. Possivelmente, uma definição mais precisa da dimensão geográfica do mercado em questão seria regional com base na distribuição de bacias hidrográficas. Entretanto, para os fins do presente caso, não se vislumbra necessidade de uma definição tão restrita do mercado relevante geográfico para que seja realizada a análise da potencialidade da conduta denunciada causar efeitos anticompetitivos. Portanto, para o presente caso, definir-se-á o mercado relevante geográfico de distribuição de água no atacado como sendo o Estado de São Paulo, região de atuação da Representada e do Representante, sem prejuízo de definições diversas em casos futuros.
45. Dessa forma, os mercados relevantes nos quais se inserem as condutas ora analisadas são definidos como: (i) o mercado de distribuição de água no atacado no *upstream* no Estado de São Paulo; e (ii) o mercado de distribuição de água no varejo no *downstream* nos municípios de Guarulhos, São Caetano do Sul, Mogi das Cruzes, Mauá e Santo André.

### II.2.3 Análise de poder de mercado da Sabesp

46. Definidos os mercados relevantes, impende analisar o poder de mercado detido pela Sabesp em cada um deles.
47. Inicialmente, no que tange ao mercado *downstream*, por serem as empresas de distribuição de água no varejo monopolistas em seus municípios, não há que se falar em poder de mercado da Sabesp. Em Santo André, por exemplo, nem a Sabesp, nem o SAAE, nem o Sama e nem nenhuma outra companhia de saneamento concorre com o Semasa para distribuir água para o consumidor final. Assim sendo, a Sabesp só detém poder de mercado nos municípios em que é monopolista na distribuição de água no varejo. Nos municípios que possuem prestadores independentes de serviços de distribuição de água no varejo, o poder de mercado é detido por cada uma dessas empresas e a Sabesp não oferece concorrência a elas.
48. Em relação ao mercado *upstream*, note-se que a Sabesp, embora seja responsável por percentual elevado de distribuição de água no varejo no Estado de São Paulo, não é monopolista. Em outras palavras, é facultado a qualquer empresa prestadora de serviços de saneamento básico requerer outorga para captação de água bruta — havendo, inclusive, várias empresas no estado que já possuem tais outorgas. De posse dessa outorga, a empresa interessada pode produzir água potável a partir de água bruta captada e distribuí-la no varejo no município onde é monopolista nessa atividade. Tanto é assim que o SAAE, por exemplo, produz cerca de 13% do volume de água consumido em Guarulhos.
49. No caso específico de Santo André, pontue-se que o Semasa produz na cidade 6% do que distribui no varejo[27] — embora, como será visto mais adiante na presente nota, possua outorga que lhe confere capacidade de produzir até 25% da demanda do município.
50. A imagem abaixo descreve o sistema de abastecimento de água em Santo André, apontando os reservatórios e a estação de tratamento de água do município. A água proveniente da Sabesp tem origem nos sistemas Rio Grande e Rio Claro, como indicado na imagem.

Figura 2 – Abastecimento de água em Santo André



Fonte: Semasa[28].

51. Pelo exposto, embora seja fato que a Sabesp detém elevada participação na distribuição de água no atacado no Estado de São Paulo, não há óbice legal para que outras empresas atuem nesse mercado. Impende pontuar que a distribuição de água no atacado, todavia, implica em elevados investimentos em infraestrutura, com prazos de execução extensos e retornos apenas no médio/longo prazo, o que pode explicar porque as empresas independentes têm um percentual tão baixo de produção da água que distribuem no varejo.
52. Ressalte-se que a Sabesp, por sua vez, realizou tais investimentos de elevado montante quando obteve do governo do Estado a concessão para explorar os serviços de distribuição de água no atacado — o que é refletido na tarifa que é autorizada a cobrar.
53. Dessa forma, a Sabesp possui poder de mercado no *downstream* apenas nos municípios nos quais é verticalmente integrada. Nos demais municípios, o que inclui Santo André, cada uma das empresas distribuidoras possui poder de mercado na sua área de atuação.
54. Já no mercado *upstream*, a Sabesp possui elevada participação de mercado, grande parte derivada de ter herdado a concessão para explorar os serviços de distribuição de água no atacado do estado. Com isso, ela herdou grande parte desse fornecimento para os distribuidores no varejo. No caso de Santo André, a Sabesp é a principal responsável pelo fornecimento de água ao Semasa, sendo que está produz apenas 6% do que distribui no varejo.
55. Pelo exposto, conclui-se que a Sabesp possui posição dominante na distribuição de água no atacado no estado de São Paulo, o que inclui a distribuição de água para municípios como o de Santo André. Contudo, é necessário avaliar se essa posição dominante (elevada participação de mercado) se resulta em poder de mercado, e no seu suposto abuso, tendo em vista as condições estruturais nos quais os mercados aqui analisados se inserem.

## II.3 Da análise do mérito

### II.3.1 Margin squeeze e discriminação

56. Conforme relatado, o Representante alega que a Representada estaria abusando de sua posição dominante no mercado de distribuição de água no atacado ao praticar discriminação de preços, pois repassaria para si mesma, nas localidades em que acumula verticalmente as atuações no atacado e no varejo, preços mais baixos de água no atacado do que os que cobraria de empresas que atuam de forma independente no varejo.
57. A conduta anticoncorrencial alegada dar-se-ia por meio da compressão ou estrangulamento da margem (*margin squeeze*) entre o preço da água no atacado e no varejo, inviabilizando a atividade das distribuidoras independentes.
58. Consoante pontua o DEE, do ponto de vista concorrencial, as denúncias de discriminação de preços ou de *margin squeeze* fazem sentido para prevenir determinadas atitudes comerciais, em cenários bem específicos, como por exemplo, quando o monopolista na *upstream* busca privilegiar suas empresas verticalmente integradas no *downstream* (que competem com concorrentes não-integrados).
59. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”)[29] define a conduta de *margin squeeze* da seguinte forma:
60. “Diz-se que a compressão das margens surge quando a margem entre o preço pelo qual a empresa integrada vende o produto a jusante e o preço pelo qual vende o insumo essencial aos rivais é demasiado pequena para permitir que os rivais a jusante sobrevivam ou concorram efetivamente, em detrimento dos consumidores a jusante. A principal preocupação antitruste é que uma empresa que se envolva numa compressão de margens possa limitar, restringir ou impedir o desenvolvimento da concorrência no mercado a jusante. Dependendo das circunstâncias, isso pode aumentar o preço ou reduzir a qualidade ou variedade de produtos disponíveis para os clientes a jusante.”
61. Observa-se que, no caso em tela, tem-se a denúncia de que a Sabesp estaria praticando *margin squeeze* com o fim de inviabilizar a operação dos serviços autônomos de municípios da RMSP, sufocando-os financeiramente, para, em um segundo momento, apresentar uma proposta de assunção dos serviços em troca do perdão da dívida gerada.
62. A respeito dessa denúncia, o DEE cita em sua nota o que a OCDE[30] entende ser necessário para configurar a ocorrência de *margin squeeze*:
63. “*Margin squeeze (estrangulamento da margem) ocorre quando há uma margem tão estreita entre o preço de um provedor- integrado de insumo essencial para um rival e seus preços no downstream que o rival não pode sobreviver ou competir efetivamente. Um estrangulamento da margem pode apenas surgir quando:*
- (a) *uma empresa no upstream produz um insumo para o qual não há bons substitutos econômicos;*
- (b) *a empresa no upstream vende o insumo para uma ou mais empresas no downstream” [não-integradas]*
- (c) *a empresa no upstream também compete diretamente no mercado downstream contra aquelas empresas” [não-integradas] (...)*
- Para haver estrangulamento de margem, os três elementos devem estar presentes”*
64. Dessa forma, para configurar o *price squeeze*[31] denunciado pelo Representante, na presente análise é necessário verificar se os três elementos acima estão presentes no caso em epígrafe.
65. No que diz respeito à discriminação de preços, interessa considerar que, conforme ponderado por esta SG no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41[32], “a discriminação de preços ou de condições de contratação não é necessariamente ilícito antitruste”, tratando-se de “comportamento corriqueiro no mercado, motivado por várias razões de ordem prática e econômica e sendo, na maioria das vezes, conduta legítima”.
66. Todavia, a SG observa que a discriminação de preços ou de condições de contratação pode ser ilícito concorrencial quando a fornecedora utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-o entre compradoras, de forma a prejudicar a livre concorrência. Nesse sentido, cite-se o voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo no Processo Administrativo nº 08012.001099/1999-71:
67. “A discriminação de preços pode ser caracterizada como a venda de um mesmo produto a diferentes clientes sob diferentes condições sem justificativa para tanto. Em termos econômicos, poderia ser caracterizado como a capacidade de um agente em extrair o máximo da disposição de pagamento de seus diferentes consumidores por um determinado bem.”
68. Assim, a SG considera que para que a discriminação de preços seja configurada como ilícito antitruste, é necessário que (i) o agente econômico discriminador possua posição dominante no mercado relevante de origem; (ii) haja prejuízo, ainda que potencial, à livre concorrência; e, (iii) não existam justificativas objetivas para a prática que demonstrem racionalidade econômica legítima na conduta.
69. Nas seções seguintes, passa-se a averiguar se as condições necessárias para a configuração de *price squeeze* e de discriminação anticompetitiva estão presentes no caso em tela, a fim de analisar se as condutas denunciadas, de fato, se verificam nos mercados envolvidos no caso em epígrafe.

### II.3.2 Da formação do preço da água no atacado

70. Para que sejam configuradas condutas de *price squeeze* e de discriminação, é condição necessária que o agente no *upstream* seja capaz de definir o preço que irá gerar a discriminação e comprimir a margem. Passa-se então a analisar como se dá a formação do preço da água que a Sabesp comercializa no atacado.
71. Inicialmente, pontue-se que a Lei Nacional de Saneamento[33], em seu artigo 29, estabelece que os serviços de água e esgoto tenham sustentabilidade econômica financeira assegurada, sempre que possível, mediante a cobrança de tarifas (inciso I), que terão como diretrizes, dentre outras, a recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência, e a remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços (incisos V e VI do § 19).
72. A Sabesp é uma sociedade de economia mista criada para prestar os serviços de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgotos no estado de São Paulo. As tarifas aplicadas pela Representada, tanto no atacado quanto no varejo, são definidas por um órgão regulador independente e legalmente investido na função, a Arsesp.
73. Importante ressaltar que a Arsesp deve atuar no sentido não só de assegurar que a Sabesp — responsável por um serviço essencial à população do estado — opere de forma adequada e não cobre tarifas abusivas, mas também de garantir à prestadora uma rentabilidade compatível com os custos de oportunidade que enfrenta um investidor que pode aplicar seus recursos em atividades de risco comparável. Com esse intuito, a Arsesp explica o cálculo tarifário como segue:
74. “No caso específico da atividade de regulação econômica feita pela Arsesp, é definida uma tarifa média geral (P0) de equilíbrio da Sabesp — conforme metodologia aprovada em consulta pública. Essa tarifa média geral (P0) que é fixada em R\$/m<sup>3</sup> (reais por metro cúbico) é calculada a partir do nível da receita requerida para equilíbrio econômico-financeira da Sabesp no ciclo tarifário (período de 5 anos), em todas as localidades onde ela presta diretamente o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o que inclui também água e esgoto por atacado. Em outras palavras, a receita proveniente da venda de água por atacado compõe a receita requerida anual da Sabesp.”
75. Sobre o regime tarifário estabelecido para a Sabesp, a Arsesp informa o seguinte:
76. “(...) é do tipo preço máximo (*price cap*), com as tarifas-teto estabelecidas com base nos custos considerados eficientes da empresa, projetados para o ciclo tarifário, bem como a remuneração dos investimentos realizados, líquidos de depreciação, com base na taxa do Custo Médio Ponderado de Capital. Este regime confere à empresa a oportunidade de obter uma rentabilidade apropriada sobre seus investimentos, permitindo assim recuperar os custos razoáveis da prestação do serviço, e ao mesmo tempo incentiva a redução de custos.
- (...)

Isto porque se ela obtém reduções de custos além do fator de eficiência previsto na revisão (Fator X) e desconto anualmente das tarifas, esses ganhos adicionais pertencem a ela no ciclo, mas serão descontados na próxima revisão tarifária. Anualmente, o valor das tarifas é atualizado monetariamente com base na variação do IPCA menos o Fator X. O modelo regulatório estabelece que as tarifas sejam revisadas a cada quatro anos, com o objetivo de melhor refletir os custos de prestação do serviço.”

(grifamos)

77. Note-se que as tarifas-teto determinadas para a Sabesp pela Arsesp são calculadas de forma que a empresa não obtenha lucros exorbitantes, mas que tenha seu investimento recompensado. Uma das premissas fundamentais para a determinação da taxa de custo de capital a aplicar no cálculo de tarifas em cada revisão tarifária é que haja suficiência financeira do setor, conforme pondera a agência reguladora.
78. Para garantir a suficiência financeira do setor, existe um processo de revisão tarifária de forma periódica por parte da Arsesp. Assim, a cada ciclo tarifário, a agência reguladora elabora uma Nota Técnica apresentando a metodologia que adotará para a determinação do custo de capital — ou a taxa mínima de retorno — da concessionária Sabesp, que, por sua vez, será utilizada no cálculo da remuneração bruta do investimento reconhecido ou regulatório (RI). Este item irá compor, juntamente com os demais custos incorridos na prestação dos serviços, a tarifa média de referência (Po) para fins de análise e homologação dos níveis tarifários a serem autorizados pela Arsesp para vigorarem no próximo ciclo tarifário da Sabesp.
79. A Deliberação Arsesp nº 643[34] determina, ainda, que:
80. “§3º - As tarifas praticadas inferiores às tarifas-teto fixadas caracterizam-se como liberalidade e não poderão onerar os demais usuários nem gerar compensações futuras a favor da SABESP.
- §4º - As tarifas praticadas inferiores às tarifas-teto fixadas ficam sujeitas à verificação da Agência Reguladora, que poderá solicitar as planilhas para análise dos custos dos serviços.”
81. Em suas manifestações, a Sabesp assegurou que não pratica qualquer tarifa em desacordo com aquelas definidas pela Arsesp. O órgão regulador, que tem a competência de fiscalizar a companhia de saneamento, pronunciou-se no mesmo sentido. Dessa forma, conclui-se que, no atacado, a Sabesp adota o preço definido pelo regulador.

### II.3.3 Da formação do preço da água no varejo

82. Da mesma forma que ocorre no atacado, as tarifas aplicadas pela Sabesp no varejo nos municípios em que é verticalmente integrada são definidas pela Arsesp. Nos termos dos anexos da Deliberação Arsesp nº 643, os municípios são segmentados em grupos e as tarifas do varejo são definidas de acordo com as particularidades de cada um.
83. Consoante explica a Sabesp, sua estrutura tarifária constitui-se de um conjunto de tarifas e regras aplicadas ao faturamento da companhia em que os usuários são classificados nas categorias divididas em residencial, comercial, industrial e pública[35]. Para cada categoria, existem tabelas com os valores estabelecidos para cada faixa de consumo[36]. Frise-se que a Representada afirma cobrar no varejo as tarifas-teto estabelecidas pela agência reguladora.
84. A tabela abaixo — constante do documento da Arsesp supramencionado — demonstra as tarifas estipuladas pelo órgão regulador para a venda de água no varejo na RMSP pela Sabesp.

Tabela 1 – Tarifas determinadas pela Arsesp para o fornecimento de água no varejo para municípios da RMSP

DIRETORIA METROPOLITANA - GT-M							
MC, ML (inclui o município de Guararema), MO, MN (exceto para os municípios de: Bragança Paulista, Joanópolis, Nazaré Paulista, Pedra Bela, Pinhalzinho, Piracaia, Socorro e Vargem) e MS.							
RESIDENCIAL				COMERCIAL / INDUSTRIAL / PÚBLICA			
Social		Tarifa		Comercial / Industrial / Pública sem Contrato			
Faixas de consumo (m³)		Água	Esgoto	Faixas de consumo (m³)			
0 a 10	R\$/mês	7,59	7,59	0 a 10	R\$/mês	44,95	44,95
11 a 20	R\$/m³	1,31	1,31	11 a 20	R\$/m³	8,75	8,75
21 a 30	R\$/m³	4,64	4,64	21 a 50	R\$/m³	16,76	16,76
31 a 50	R\$/m³	6,62	6,62	Acima de 50	R\$/m³	17,46	17,46
acima de 50	R\$/m³	7,31	7,31				
Favela		Tarifa		Comercial: Entidades de Assistência Social			
Faixas de consumo (m³)		Água	Esgoto	Faixas de consumo (m³)			
0 a 10	R\$/mês	5,79	5,79	0 a 10	R\$/mês	22,47	22,47
11 a 20	R\$/m³	0,66	0,66	11 a 20	R\$/m³	4,37	4,37
21 a 30	R\$/m³	2,19	2,19	21 a 50	R\$/m³	8,42	8,42
31 a 50	R\$/m³	6,62	6,62	acima de 50	R\$/m³	8,74	8,74
acima de 50	R\$/m³	7,31	7,31				
Normal		Tarifa		Pública com contrato		Tarifa	
Faixas de consumo (m³)		Água	Esgoto	Faixas de consumo (m³)		Água	Esgoto
0 a 10	R\$/mês	22,38	22,38	0 a 10	R\$/mês	33,68	33,68
11 a 20	R\$/m³	3,50	3,50	11 a 20	R\$/m³	6,55	6,55
21 a 50	R\$/m³	8,75	8,75	21 a 50	R\$/m³	12,61	12,61
acima de 50	R\$/m³	9,64	9,64	acima de 50	R\$/m³	13,10	13,10
OUTROS SERVIÇOS		Tarifa					
		Água	Esgoto				
Carro Tanque: Terceiros	R\$/m³	35,65					
Carro Tanque: SABESP	R\$/m³	87,48					
Permissionários	R\$/1000m³	1965,39	1266,28				

85. Pontue-se que a Arsesp não tem competência para estabelecer as tarifas do varejo nos municípios atendidos por companhias de saneamento independentes, de modo que as tarifas a serem cobradas do consumidor final ficam a cargo dos próprios governos municipais.
86. O Semasa informou que os critérios utilizados na precificação e na regulação do preço aplicado pela autarquia atendem às diretrizes instituídas na Lei Federal nº 11.445/2007 e que, atualmente, os reajustes são fixados mediante decretos do Chefe do Poder Executivo Municipal, assinados pelo Prefeito.
87. No mesmo sentido, o DAE/SCS afirmou que a Lei Orgânica do Município de São Caetano do Sul atribuiu ao Prefeito a competência para fixação e alteração dos preços das tarifas do serviço público de abastecimento de água, observadas as diretrizes da Lei Nacional do Saneamento Básico. Informou que, todavia, os valores das tarifas de venda de água no varejo são reajustados na medida percentual determinada pela Arsesp.
88. O SAAE também afirmou que segue as diretrizes da Lei Federal nº 11.445/2007, e que, em 2010, promoveu diversos estudos que contemplaram a revisão dos planos diretores de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Em 2012, foi criada a Agência Reguladora de Saneamento de Guarulhos (“AGRU”), a qual analisa os estudos tarifários e os encaminha ao Conselho Deliberativo da autarquia. Em seguida, as tarifas são fixadas por decreto municipal.
88. O Semae afirmou que segue “como parâmetro o preço praticado pela Sabesp, porém em percentual menor”, considerando que os custos de produção e tratamento da água realizados pelo próprio serviço de saneamento seriam inferiores. Além disso, a companhia sanitária afirma que a

condição econômica do município de Mogi das Cruzes “*não comportaria uma tarifa alta, prejudicando não só os contribuintes, pessoas físicas, mas também comerciantes, empresários e indústrias*”.

89. O Sama informou que a competência de fixação e reajuste dos preços de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário foi delegada à Agência Reguladora dos Serviços Públicos (“Arsep”), órgão regulador do município de Mauá. Ressaltou, contudo, que as tarifas calculadas pela Arsep deverão ser aprovadas e fixadas por decreto do Executivo Municipal.
90. Sendo assim, tem-se que, no varejo, as tarifas aplicadas pela Sabesp são determinadas pela Arsep, enquanto as tarifas aplicadas pelos distribuidores independentes nos municípios de Santo André, São Caetano do Sul, Guarulhos, Mogi das Cruzes e Mauá são determinadas pelos próprios governos municipais.

### II.3.4 Da discriminação

91. Passa-se a se analisar a denúncia de discriminação de preços. Conforme explicitado anteriormente, as tarifas aplicadas pela Sabesp no atacado são reguladas e determinadas pela Arsep. Tais tarifas submetem-se ao princípio de *price cap*, cujo cálculo da tarifa média tem como premissa limitar os lucros da Sabesp ao valor estipulado pelo regulador, não havendo margem para lucro supra competitivo resultante das tarifas da água no atacado.
92. A Sabesp destaca que, no modelo regulatório adotado no caso em apreço, se a tarifa do atacado for mais alta, então a tarifa do varejo será proporcionalmente mais baixa. Por outro lado, se a tarifa do atacado for mais baixa, a tarifa do varejo será mais alta. Nos dois casos, a rentabilidade e lucros projetados da Sabesp serão os mesmos: 8,06% sobre o capital investido. Nesse contexto, alega que qualquer aumento de receitas no fornecimento de água no atacado teria, forçosamente, de ser compensado com reduções de outras receitas, resultando num jogo de soma zero para a empresa. Por tal motivo, a Sabesp defende que não teria incentivo em aumentar seus preços no fornecimento de água no atacado ainda que pudesse fazê-lo — o que não é o caso.
93. Nesse ponto, perde-se o fundamento da alegação da Semasa e do SAAE no sentido de que a Sabesp forneceria para os municípios em que é verticalizada água no atacado a preço menor do que para os municípios em que operam empresas de distribuição de água no varejo independentes. Ora, nos municípios em que é integrada não se aplicam as tarifas de atacado, mas sim as de varejo fixadas pelo órgão regulador seguindo o cálculo supramencionado. Ou seja, somando os municípios para os quais a Representada distribui água somente no atacado (e recebe pelo serviço, em tese, o valor correspondente à tarifa de atacado determinada pela Arsep) e os municípios nos quais distribui água no varejo (e recebe o valor correspondente somente à tarifa de varejo determinada pela Arsep), a rentabilidade e os lucros projetados da Sabesp serão os mesmos: 8,06% sobre o capital investido, repise-se.
94. A Representada salienta que tanto as tarifas cobradas do Semasa quanto as demais tarifas praticadas na RMSP são baseadas no custo histórico de produção e refletem a decisão do regulador. Não seriam, portanto, abusivas, sendo praticadas em níveis compatíveis com aqueles necessários à cobertura dos custos de captação da Sabesp e essenciais para garantir o constante investimento em sua rede de captação e distribuição no estado de São Paulo.
95. A tabela abaixo demonstra as tarifas determinadas pela Arsep para o fornecimento de água no atacado pela Sabesp para municípios permissionários da RMSP em abril de 2016.

**Tabela 2 – Tarifas determinadas pela Arsep para o fornecimento de água por atacado para municípios permissionários da RMSP**

**Deliberação ARSESP nº 643. de 11.4.2016**

ANEXO V

DIRETORIA METROPOLITANA		
Fornecimento de água por atacado e tratamento de esgotos para municípios permissionários da Região Metropolitana de São Paulo		
Tarifa Efetiva em R\$/1000 m <sup>3</sup>		
Município	Água por Atacado	Tratamento de Esgoto
Guarulhos	1.965,39	1.266,28
Mauá	1.965,39	1.266,28
Mogi das Cruzes	1.965,39	1.266,28
Santo André	1.965,39	1.266,28
São Caetano do Sul	1.965,39	1.266,28

Fonte: Deliberação Arsep nº 643.

96. Note-se que os dados apresentados pelas prestadoras independentes confirmam que a Sabesp aplicou a mesma tarifa a todas as empresas independentes que adquirem água no atacado de acordo com o *price cap* estabelecido pela agência reguladora. Senão, vejamos.
97. As tabelas abaixo foram fornecidas pelas empresas que prestam serviços de distribuição de água nos municípios de Santo André (Semasa), Mogi das Cruzes (Semae), São Caetano do Sul (DAE/SCS), Guarulhos (SAAE) e Mauá (Sama) em resposta aos ofícios enviados por esta SG [\[37\]](#).

**Tabela 3 – Tarifas Semasa**



Nome	Data	Tarifa R\$/1000 m <sup>3</sup>	Tarifa
COMUNICADO 02/06 - SABESP	31/08/2006	R\$ 1.047,22	R\$ 1,05
COMUNICADO 04/07 - SABESP	11/08/2007	R\$ 1.090,37	R\$ 1,09
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 008	08/08/2008	R\$ 1.145,98	R\$ 1,15
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 082	11/08/2009	R\$ 1.196,75	R\$ 1,20
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 162	11/08/2010	R\$ 1.245,22	R\$ 1,25
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 253	09/08/2011	R\$ 1.330,27	R\$ 1,33
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 353	09/08/2012	R\$ 1.398,78	R\$ 1,40
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 406	22/03/2013	R\$ 1.431,66	R\$ 1,43
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 435	31/10/2013	R\$ 1.476,69	R\$ 1,48
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 484	10/04/2014	R\$ 1.557,03	R\$ 1,56
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 520	27/11/2014	R\$ 1.572,60	R\$ 1,57
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 560	05/05/2015	R\$ 1.695,07	R\$ 1,70
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 561	05/05/2015	R\$ 1.812,29	R\$ 1,81
DELIBERAÇÃO ARSESP Nº 643	12/04/2016	R\$ 1.965,39	R\$ 1,97

Fonte: Semasa[38].

Tabela 4 – Tarifas Semae

PERÍODO	FORNECIMENTO SABESP (ATACADO)
08/2006 a 09/2007	R\$ 1,05
09/2007 a 09/2008	R\$ 1,09
09/2008 a 09/2009	R\$ 1,15
09/2009 a 09/2010	R\$ 1,20
09/2010 a 09/2011	R\$ 1,25
09/2011 a 09/2012	R\$ 1,33
09/2012 a 12/2013	R\$ 1,40
12/2013 a 12/2014	R\$ 1,48
12/2014 a 06/2015	R\$ 1,57
06/2015 a 05/2016	R\$ 1,81
05/2016 até hoje	R\$ 1,97

Fonte: Semae[39].

Tabela 5 – Tarifas DAE/SCS

Mês	Valor
ago/05	R\$ 0,98
ago/06	R\$ 1,05
fev/07	R\$ 1,05
out/07	R\$ 1,09
out/08	R\$ 1,15
out/09	R\$ 1,20
out/10	R\$ 1,25
out/11	R\$ 1,33
out/12	R\$ 1,40
jun/13	R\$ 1,43
abr/14	R\$ 1,48
jan/15	R\$ 1,57
jun/15	R\$ 1,81
mai/16	R\$ 1,97

Fonte: DAE/SCS[40].

Tabela 6 – Tarifas SAAE

Reajuste	Ano	Período de Vigência		Dias de Vigência	Data Inicial de Correção	Diferença de Dias (Pro Rata)	Fator de Correção	Tarifa R\$ / m <sup>3</sup>				Relação TA / TE
		De	Até					Água - Nominal	Água - Corrigida	Esgoto - Nominal	Esgoto - Corrigido	
13,10%	2001	01/06/2001	07/08/2002	432	01/06/2001	0	2,7209	R\$ 655,00	R\$ 1.782,21	R\$ 422,00	R\$ 1.148,23	1,5521
8,20%	2002	08/08/2002	29/08/2003	386	01/08/2002	7	2,4809	R\$ 708,84	R\$ 1.758,56	R\$ 456,69	R\$ 1.133,00	1,5521
18,90%	2003	30/08/2003	29/08/2004	365	01/08/2003	29	2,1455	R\$ 843,17	R\$ 1.809,00	R\$ 543,23	R\$ 1.165,48	1,5521
6,80%	2004	30/08/2004	31/08/2005	366	01/08/2004	29	2,0019	R\$ 900,34	R\$ 1.802,41	R\$ 580,06	R\$ 1.161,23	1,5521
9,00%	2005	01/09/2005	31/08/2006	364	01/09/2005	0	1,8879	R\$ 981,37	R\$ 1.852,72	R\$ 632,27	R\$ 1.193,66	1,5521
6,71%	2006	01/09/2006	10/09/2007	374	01/09/2006	0	1,8180	R\$ 1.047,22	R\$ 1.903,89	R\$ 674,70	R\$ 1.226,63	1,5521
4,12%	2007	11/09/2007	11/09/2008	366	01/09/2007	10	1,7441	R\$ 1.090,37	R\$ 1.901,71	R\$ 702,50	R\$ 1.225,23	1,5521
5,10%	2008	12/09/2008	11/09/2009	364	01/09/2008	11	1,6422	R\$ 1.145,98	R\$ 1.881,96	R\$ 738,33	R\$ 1.212,50	1,5521
4,40%	2009	12/09/2009	11/09/2010	364	01/09/2009	11	1,5737	R\$ 1.196,75	R\$ 1.883,29	R\$ 771,04	R\$ 1.213,36	1,5521
4,05%	2010	12/09/2010	11/09/2011	364	01/09/2010	11	1,5050	R\$ 1.245,22	R\$ 1.874,01	R\$ 802,27	R\$ 1.207,39	1,5521
6,83%	2011	12/09/2011	11/09/2012	365	01/09/2011	11	1,4031	R\$ 1.330,27	R\$ 1.866,56	R\$ 857,07	R\$ 1.202,59	1,5521
5,15%	2012	12/09/2012	22/04/2013	222	01/09/2012	11	1,3331	R\$ 1.398,78	R\$ 1.864,68	R\$ 901,21	R\$ 1.201,38	1,5521
3,15%	2013	23/04/2013	11/12/2013	232	01/04/2013	22	1,2724	R\$ 1.431,66	R\$ 1.821,63	R\$ 922,40	R\$ 1.173,65	1,5521
2,35%	2014	12/12/2013	27/12/2014	380	01/12/2013	11	1,2368	R\$ 1.476,69	R\$ 1.826,37	R\$ 951,41	R\$ 1.176,71	1,5521
6,50%	2015	28/12/2014	04/06/2015	158	01/12/2014	27	1,1565	R\$ 1.572,60	R\$ 1.818,72	R\$ 1.013,21	R\$ 1.171,78	1,5521
15,24%	2016	05/06/2015	11/05/2016	341	01/06/2015	4	1,0959	R\$ 1.812,29	R\$ 1.986,06	R\$ 1.167,64	R\$ 1.279,60	1,5521
8,45%	2016	12/05/2016	30/08/2016	110	01/05/2016	11	1,0084	R\$ 1.965,39	R\$ 1.982,00	R\$ 1.266,28	R\$ 1.276,98	1,5521

Fonte: SAAE[1].

Tabela 7 – Tarifas Sama

Período	Tarifa para compra no atacado (R\$/m <sup>3</sup> )	Tarifa para venda no varejo (R\$/m <sup>3</sup> )	Relação % - (100)
jan/2015	1,57260	2,85494	81,54%
fev/2015	1,57260	2,74437	74,51%
mar/2015	1,57260	2,77688	76,58%
abr/2015	1,57260	2,82492	79,63%
mai/2015	1,57260	2,74821	74,76%
jun/2015	1,81229	2,73418	50,87%
jul/2015	1,81229	2,74513	51,47%
ago/2015	1,81229	2,72848	50,55%
set/2015	1,81229	2,64058	45,70%
out/2015	1,81229	3,05720	68,69%
nov/2015	1,81229	2,98200	64,54%
dez/2015	1,81229	2,98641	64,79%

Fonte: Sama[42].

98. Restou demonstrado pelos dados obtidos na instrução deste Inquérito Administrativo, corroborados pelas tabelas fornecidas pelas próprias distribuidoras independentes, acima colacionadas, que a Sabesp cobra igualmente a tarifa-teto determinada pela Arsesp de todas as empresas municipais para as quais fornece água no atacado, não se configurando ocorrência de discriminação de preços.
99. A bem da verdade, é forçoso concluir que se a Sabesp pratica a cobrança de ambas as tarifas de atacado e de varejo pelo valor-teto estipulado pela Arsesp, não há como se falar que a Representada estaria reduzindo as tarifas aplicadas no varejo e aumentando as tarifas aplicadas no atacado.
100. Ressalte-se que, conforme delimitado na seção de mercado relevante da presente nota técnica, do ponto de vista geográfico, o mercado de distribuição de água no varejo é municipal e, em cada município, uma empresa de saneamento é monopolista nesse mercado. Em outras palavras, em Santo André, por exemplo, nem a Sabesp, nem o SAAE, nem o Sama e nem nenhuma outra companhia de saneamento concorre com o Semasa para distribuir água para o consumidor final. Nesse cenário, o DEE pondera o seguinte:
101. (...) se um monopolista no upstream precificar de maneira diferenciada agentes que estão em mercados relevantes distintos, tal não deveria, em teoria, trazer qualquer consequência de ordem competitiva (ou mesmo modificar o cenário downstream)".
102. Observe-se que, mesmo que houvesse discriminação de preços por parte da Sabesp, esta não seria beneficiada com a conduta, dado que a Sabesp não concorre com as distribuidoras municipais no varejo, vez que cada distribuidora é monopolista no seu município de atuação.
103. A única alternativa possível para que a Sabesp se beneficiasse por meio da discriminação no atacado – que não restou comprovada na análise ora realizada – seria se praticasse a conduta de *price squeeze* a fim de inviabilizar a atuação das distribuidoras independentes do varejo. Tal possibilidade será analisada a seguir.

### II.3.5 Do *price squeeze*

104. Como já relatado, de acordo com a denúncia do Semasa, a Sabesp estaria praticando o estrangulamento de margem para onerar as distribuidoras municipais de água no varejo a fim de assumir o serviço e atuar de forma verticalizada. Entretanto, para executar tal conduta, seria necessário que: (i) a Sabesp fosse capaz de definir o preço do atacado em patamar supra competitivo; (ii) os três elementos considerados essenciais pela OCDE para configurar *margin squeeze* estejam presentes[43]; e (iii) as distribuidoras não conseguissem definir um preço no varejo que viabilizasse suas atividades, levando em consideração o preço cobrado pela Sabesp para o fornecimento no atacado.
105. Conforme explica a Sabesp, pelo modelo regulatório que define as tarifas aplicadas pela empresa, não há lucro supracompetitivo resultante das tarifas da água no atacado. A companhia de saneamento se submete ao princípio de *price cap*, cujo cálculo da tarifa média tem como premissa limitar os lucros da Sabesp ao valor estipulado pelo regulador. No caso em tela, conforme já visto, o regulador definiu um limite de rentabilidade de 8,06% sobre o capital investido (Custo Médio Ponderado de Capital, "WACC") [44]. A Representada aduz que esse valor foi amplamente estudado pelo regulador e discutido com a sociedade por meio de consulta pública.
106. A Sabesp defende que as tarifas praticadas para a venda de água no atacado refletem os custos da prestação de serviços, conforme teria sido, inclusive, atestado pelo estudo realizado pela Fipecafi em 1998[45]. No referido estudo, a Fundação conclui que:
107. "O resultado dos procedimentos da Sabesp de cálculo do custo de produção de água na região metropolitana de São Paulo corresponde ao objetivo da empresa, na medida em que representa o efetivo custo do produto água, já que reflete os gastos de produção, os tributos e a remuneração do

*investimento reconhecido, de acordo com o Decreto Estadual nº 41.446, de dezembro de 1996 e de modo a garantir sua continuidade econômico-financeira, assim como o efetivo cumprimento de sua missão, ressalvado o cálculo da remuneração do ativo (investimento), que poderia basear-se no decreto estadual nº 41.446, de dezembro de 1996, que não limita essa remuneração em 12% ao ano."*

108. Os esclarecimentos prestados pela Arsesp corroboram, ainda, o alegado pela Sabesp no sentido de que não existiriam mecanismos capazes de subsidiar uma conduta de abuso de poder de mercado por parte da Sabesp, como evidenciado a seguir:
109. *"(...) vale destacar que a Sabesp não consegue utilizar o poder de monopólio para obter ganhos adicionais, uma vez que o P0 calculado e a estrutura vigente que resultam na receita requerida de equilíbrio calculada, são fixados e regulados pela Arsesp. Qualquer alteração na distribuição (estrutura tarifária) deve ser autorizada previamente pela Agência. Assim, para obter maior ganho de receita em algum segmento de mercado, ela necessariamente deverá conceder redução em outro segmento, visto que a receita requerida de equilíbrio é determinada pela Arsesp para o ciclo tarifário."* (grifamos)
110. Por todo o exposto, tem-se que as informações trazidas aos autos indicam que a Sabesp não tem ingerência sobre os preços cobrados por ela, tanto no atacado quanto no varejo.
111. O Representante defende que, por trás da alegada conduta, teria uma suposta estratégia da Sabesp no sentido de inviabilizar financeiramente os serviços de saneamento independentes por meio de cobranças abusivas com o intuito de, em um segundo momento, eliminar o agente endividado e assumir o fornecimento de água nos municípios em que ainda não é verticalizada. Entretanto, pelas informações acostadas aos autos, não restou configurado que as tarifas praticadas pela Representada fossem, de alguma forma, abusivas, mas sim que obedecem precisamente ao teto estabelecido pela agência reguladora com competência para regular o mercado sob análise.
112. Ademais, ressalte-se que, conforme já visto, uma das condições consideradas essenciais pela OCDE para ser configurado o estrangulamento de margem é que a empresa no *upstream* também seja concorrente direta no mercado *downstream* das empresas para as quais vende um determinado insumo. Nesse sentido, o Departamento de Estudos Econômicos pondera que esta configuração não se verifica na situação em apreço:
113. *"Independentemente se a Sabesp é ou não monopolista de água no upstream (ou se há outros meios para captação de água no upstream) [o que ainda pode ser objeto de investigação ou indagação], há um fato inconteste nestes autos no sentido de que o Semasa é monopolista no downstream (venda de água no varejo). Ou seja, falta aqui um elemento essencial para a configuração do delito de margin squeeze."*
114. Ora, se a Sabesp não compete com o Semasa para fornecer água ao consumidor final de Santo André, do ponto de vista concorrencial, a teoria de prática de *margin squeeze* não faz sentido.
115. Ademais, conforme já examinado, os municípios em que as distribuidoras de água no varejo sob análise atuam são responsáveis por definir o preço que vão cobrar da população.
116. Nesse ensejo, a tabela abaixo compara as tarifas vigentes aplicadas no varejo pela Sabesp na RMSP, e por cada uma das distribuidoras independentes em seus municípios, nas categorias "residencial normal", comercial e industrial.

Tabela 8 – Tarifas varejo

RESIDENCIAL ("normal")		COMERCIAL		INDUSTRIAL	
Sabesp	R\$/m³	Sabesp	R\$/m³	Sabesp	R\$/m³
0 a 10	22,38	0 a 10	44,95	0 a 10	44,95
11 a 20	3,5	11 a 20	8,75	11 a 20	8,75
21 a 50	8,75	21 a 50	16,76	21 a 50	16,76
acima de 50	9,64	acima de 50	17,46	acima de 50	17,46
Semasa	R\$/m³	Semasa	R\$/m³	Semasa	R\$/m³
tarifa mínima	14,84	tarifa mínima	36,88	tarifa mínima	42,1
01 a 10	0,6	01 a 10	0,9	01 a 10	1,29
11 a 15	2,25	11 a 15	5,44	11 a 15	7,6
16 a 25	5,91	16 a 30	8,19	16 a 30	10,27
26 a 50	10,47	31 a 300	15,68	31 a 300	19,77
acima de 50	10,99				
Sama	R\$/m³	Sama	R\$/m³	Sama	R\$/m³
0 a 10	20,24	0 a 10	44,39	0 a 10	46,07
11 a 20	3,77	11 a 20	8,55	11 a 20	9,18
21 a 50	7,58	21 a 50	12,56	21 a 50	13,8
acima de 50	9,17	acima de 50	16,52	acima de 50	18,17
DAE/SCS	R\$/m³	DAE/SCS	R\$/m³	DAE/SCS	R\$/m³
0 a 10	25,68	0 a 10	34	0 a 10	43,54
11 a 20	2,59	11 a 20	5,15	11 a 20	9,09
21 a 30	5,14	21 a 50	11,21	21 a 50	15,76
31 a 50	5,89	acima de 50	17,69	acima de 50	22,71
acima de 50	9,37				
SAAE	R\$/m³	SAAE	R\$/m³	SAAE	R\$/m³
0 a 10	21,73	0 a 10	44,37	0 a 10	44,89
11 a 20	3,42	11 a 20	8,62	11 a 20	8,74
20 a 50	8,55	20 a 50	16,55	20 a 50	16,71
acima de 50	9,43	acima de 50	17,4	acima de 50	17,42

Fonte: sites diversos[46] [47].

117. Novamente se frisa que o Cade não tem competência para julgar as decisões relativas a precificação tomadas por uma agência reguladora legalmente instituída para esse fim e nem pelos governos municipais[48]. E, tampouco, tem esta autarquia competência para julgar questões financeiras entre dois agentes de mercado. Trata-se de lide privada, alheia ao direito concorrencial, que deve ser discutida em âmbito judicial.
118. Isso posto, insta ressaltar que, analisando a Tabela 8, apesar de existirem diversos fatores que integram a composição dos preços de distribuição de água no varejo, bem como particularidades de cada região/município, observa-se que as tarifas aplicadas pelo Semasa são, de forma geral, inferiores às aplicadas pela Sabesp.
119. Conforme exposto pelo próprio Representante, o mercado de água é inelástico no *downstream*, de modo que haveria espaço para aumento de preços nesse segmento, especialmente considerando que cada governo municipal tem liberdade para definir sua tarifa não tendo que se submeter a um valor máximo estabelecido por uma agência reguladora, como é o caso da Sabesp no varejo. Nesse sentido, considerando a água ser um bem homogêneo, o DEE pondera o seguinte:
120. *"A ausência de repasse do preço de insumos do upstream no mercado downstream, em um cenário em que há monopólio com demanda inelástica, não segue uma lógica econômica mínima, já que, em teoria, o monopolista não atua na parte inelástica da curva da demanda."*

121. Assim, especialmente estando o monopolista no downstream premido por dívidas, seu cálculo de precificação deve considerar o repasse ao consumidor final do preço dos insumos. Contrariamente, o que parece acontecer no presente caso é uma estratégia do Semasa de diminuir os custos da água que fornece pagando menos que o devido à Sabesp com o intuito de não aumentar o preço final para o consumidor do município de Santo André.
122. Por todo o exposto, entende-se que no caso ora analisado também não há indícios mínimos a configurar a prática da conduta de *price squeeze* por parte da Sabesp.

### II.3.6 Das outorgas para captação de água

123. Finalmente, acerca de outorgas para captação de água bruta nos mananciais, o Semasa afirmou que o estado de São Paulo, acionista controlador da Sabesp, é responsável pela concessão das outorgas para utilização de recursos hídricos e viria “*concentrando as referidas outorgas na monopolista*” Sabesp. Ademais, afirmou que “*o volume de água requerido, a dificuldade em obter outorgas, o longo tempo para fazer o seu aproveitamento e o grande custo do transporte de longas distâncias fazem surgir barreiras muito elevadas à entrada de novos prestadores*”.
124. Conforme indicado pela Sabesp, reconhece-se que o Representante não detém controle sobre concessão de outorgas para captação de água. Têm essa prerrogativa a ANA, órgão da administração federal, e o Departamento de Águas e Energia Elétrica (“DAEE”), órgão da administração estadual de São Paulo.
125. A Sabesp alega que, ao longo dos quase 20 anos de litígio, o Semasa poderia ter investido na captação e produção de água. A esse respeito, anexou documento que demonstra que o Semasa, desde 2008, possui autorização para captação de água de 0,5 m<sup>3</sup>/s (1260 m<sup>3</sup>/h retirada do Rio Grande, acrescida de 540 m<sup>3</sup>/h retirada do Ribeirão do Pedroso). Consoante a Representada, tal volume seria suficiente para abastecer aproximadamente 25% de sua população. Além disso, a Sabesp afirma que o custo de construção de uma estação de tratamento não seria barreira a justificar a não utilização da outorga integralmente.
126. Com efeito, pontue-se que a Representada juntou aos autos notícia<sup>[49]</sup> datada de março de 2013, em que se divulgou a disponibilização ao Semasa de financiamento para a construção de estação de produção de água que utilizaria integralmente as outorgas concedidas em 2008. Todavia, até o presente momento, a Sabesp informa que não haveria nenhum litro adicionado à produção do município.
127. Não constam dos autos indícios de que a Sabesp interfira de alguma forma na concessão de outorgas, de modo que também não se vislumbra infração à ordem econômica nesse sentido por parte da Representada. De qualquer forma, as análises empreendidas no que se referem às supostas condutas de discriminação de preço e *price squeeze* independem da capacidade ou não do Semasa ampliar sua capacidade de captação de água.

### II.3.7 Conclusões

128. Ante o exposto, entende-se que não há nos autos elementos que indiquem que houve prática de discriminação ou *price squeeze* por parte da Sabesp. Em suma, tem-se que:
- i. os preços praticados pela Sabesp no atacado e no varejo são determinados pela Arsesp;
  - ii. a Sabesp aplica os mesmos preços para todas as distribuidoras independentes às quais vende água no atacado, não restando configurada qualquer discriminação;
  - iii. o lucro final da Sabesp é regulado e a empresa vem aplicando as tarifas-teto estipuladas pela Arsesp, não havendo margem para onerar o atacado em detrimento do varejo;
  - iv. as distribuidoras independentes são monopolistas em seus mercados de varejo e possuem competência para definir preços que viabilizem um equilíbrio econômico para a manutenção de suas atividades.
129. Em relação à dívida do Representante com a Representada, cujo aumento seria o real objetivo da Sabesp ao promover uma suposta conduta anticompetitiva contra o Semasa para excluí-la do mercado e a substituir no varejo, note-se que, de acordo com o próprio Semasa, o preço estabelecido por ela para o pagamento à Sabesp foi definido com base em estudos internos da própria empresa. Ou seja, o Semasa optou por desconsiderar a tarifa definida pelo regulador (a Arsesp) no atacado e, de forma unilateral, passou a pagar um valor bem abaixo do que a Sabesp vinha cobrando com base na decisão do regulador.
130. Conforme já exposto, ao que tudo indica, tal conduta parece, na verdade, fazer parte de uma estratégia do Semasa de diminuir os custos da água que fornece pagando menos que a tarifa estabelecida pelo órgão regulador - Arsesp - à Sabesp, com o intuito de não aumentar o preço final para o consumidor do município de Santo André.
131. De fato, reportagem do Diário do Grande ABC datada de 31/03/2017<sup>[50]</sup>, corrobora a informação do Representante, como pode ser depreendido do seguinte excerto:
- 132.
- (...) no fim de 2015, a companhia paulista [Sabesp] cobrava R\$ 1,81 para cada 1.000 litros de água. Em contrapartida, a Prefeitura [de Santo André] pagava, com base em estudo próprio, R\$ 0,90 por não concordar com o preço cobrado – a cidade produz apenas 5% da água consumida e o restante adquire da Sabesp.”*
133. O próprio Semasa afirmou<sup>[51]</sup> que “nunca reconheceu as tarifas de atacado unilateralmente fixadas pela Sabesp”, e que há em curso quatro ações judiciais sobre o tema. De acordo com o Semasa:
- 134.
- “Em tais ações, a Sabesp alega que forneceu água potável em determinada quantidade na fase de atacado dos serviços públicos de abastecimento de água cuja fase de varejo está a cargo do Semasa, cobrando valores constantes de faturas, onde constam as tarifas fixadas pela Sabesp, afirmando que o Semasa estaria pagando apenas parte destes valores.*
- Semasa contestou a cobrança nas quatro ações, afirmando que o valor que paga seria o tecnicamente adequado.” (grifamos)*
135. Ressalte-se, ainda, que, segundo informações prestadas pelo próprio Semasa, a empresa foi condenada a pagar a dívida em todas as ações ajuizadas, ou seja, o Representante foi condenado a pagar de forma integral o valor da tarifa aplicada pela Sabesp durante os períodos analisados em que pagou valor abaixo do cobrado pela Representada.
136. Repise-se que o órgão competente para discutir o valor das tarifas cobradas pela Sabesp é a Arsesp. Neste sentido, a Representada alega que todos os estudos técnicos elaborados pela agência reguladora que integram o processo de revisão das tarifas passaram por consulta e audiência públicas, de forma que o processo foi amplamente divulgado e teve a participação de diversos interessados. A companhia de saneamento pontuou que qualquer pessoa, física ou jurídica, teria tido diversas oportunidades para se manifestar<sup>[52]</sup>.
137. A instrução do presente Inquérito Administrativo leva a crer, portanto, que a origem da vultosa dívida que o Semasa tem com a Sabesp estaria mais relacionada ao não pagamento pelo Representante do total devido à Representada ao longo dos anos do que há alguma suposta conduta anticoncorrencial empreendida pela Sabesp.
138. Um indicativo disso, inclusive, é que há outros municípios que não estão com problemas financeiros, mesmo recebendo a água no atacado pelo mesmo valor cobrado do Representante. Como destaca a Sabesp, dos cinco municípios para os quais fornece água no atacado, dois vêm pagando regularmente seus fornecimentos, notadamente, os municípios de São Caetano do Sul e Mogi das Cruzes.



139. Assim, mesmo que a decisão de não pagamento da dívida por parte do Semasa tenha tido por fundamento a manutenção de uma política de preços mais baixos ao consumidor final no curto prazo, restou claro que se trata de uma decisão unilateral do município de Santo André e do Semasa (que inclusive não foi levada ao foro competente de discussão de tarifas, a Arsesp) e não de uma consequência de uma conduta anticompetitiva da Sabesp.

#### II.4 Do pedido de medida preventiva protocolado pelo Semasa

140. Em 16.12.2016, o Semasa protocolou pedido de medida preventiva<sup>[53]</sup> em face da Sabesp “*para impedir a adoção de atos capazes de frustrar os efeitos do presente Inquérito Administrativo e produzir danos irreversíveis ao mercado de distribuição de água na Região Metropolitana do Estado de São Paulo*”.
141. Em sua petição, o Representante requereu a medida preventiva a fim de:
- i. impedir a execução pela Sabesp de qualquer débito originado no inadimplemento da parcela supostamente discriminatória de preços para o fornecimento de água no atacado; e
  - ii. impedir a Sabesp de praticar qualquer forma de negociação, que enseje a assunção de qualquer serviço municipal de saneamento amparada nestes débitos, evitando-se atos de concentração de mercados por meio de sua conduta.
142. Nos termos do artigo 84, caput, da Lei 12.529/2011, são condições para a concessão de medida preventiva “*o indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo*”. É preciso analisar se estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida preventiva, quais sejam:
- i. o *fumus boni iuris* ou aparência do bom direito, consistente na verossimilhança das alegações trazidas como fundamento do pedido; e
  - ii. o *periculum in mora* ou perigo na demora, consistente em risco de lesão irreparável ou de difícil reparação.
143. O Representante reiterou a alegação de que o objetivo da Sabesp seria inviabilizar financeiramente o Semasa com a intenção de levar à sua exclusão do mercado. Desse modo, uma vez consumado tal fato, as investigações conduzidas por este Cade perderiam qualquer eficácia.
144. O Representante entende que seu pedido atenderia a exigência de *fumus bonis iuris* uma vez que teria direito a “*seguir exercendo suas atividades sem se sujeitar a preços exorbitantes das condições normais de mercado, bem como de não ser executado por débitos ilegítimos, constituídos contra si em virtude de cobranças abusivas realizadas pela Sabesp*”
145. Em relação ao *periculum in mora*, a petição defende o seguinte:
146. “*A não concessão deste pleito cautelar, por outro lado, sujeita a eficácia do processo ao perigo da demora. A inércia deste Tribunal, ante os riscos apresentados, poderá ensejar a completa inviabilização da atuação do Semasa, tornando inútil qualquer provimento posterior.*”
147. Para o caso em análise, entende-se que não há a necessidade de intervenção, *in limine*, deste Cade, em razão da ausência de indícios de que determinada conduta esteja causando ou possa vir a causar efeitos anticompetitivos. Isso porque, ao longo da presente análise, foi demonstrado que os atos os quais o Semasa busca impedir tratam de lide privada, e não concorrencial. Não cumpre ao Cade proibir que a Sabesp busque ser ressarcida dos valores não pagos pelos serviços por ela prestados que atualmente se encontram em situação de inadimplência em virtude do não pagamento por parte das distribuidoras independentes de água. Dessa forma, não se vislumbra o *fumus boni iuris* do pedido em apreço.
148. Tem-se também que, ainda que a possibilidade de assunção dos serviços de distribuição de água pela Sabesp pudesse, em certo grau, corroborar a existência do *periculum in mora*, observa-se que tal assunção se daria mediante contrato bilateral entre a Sabesp e uma das distribuidoras independentes de água no varejo. Nesse sentido, tem-se que, desde que se deu início às investigações nesta Superintendência-Geral, não foi trazida aos autos qualquer evidência de uma mudança brusca recente da situação apresentada que caracterizaria o *periculum in mora*, uma vez que não há elementos que atestem que a Sabesp estaria fazendo negociações no sentido de assumir nem o Semasa nem algum dos outros serviços municipais de saneamento “à força” ou, para efeitos de análise concorrencial, por meio de condutas anticompetitivas.
149. Assim, sugere-se o indeferimento do pedido de medida preventiva solicitado pelo Semasa.

### 3. RECOMENDAÇÃO

150. Ante o exposto, verifica-se que não foram acostados aos autos do presente caso indícios suficientes a indicar prática de infrações concorrenciais por parte da Sabesp. Contrariamente, as questões trazidas à apreciação desta Superintendência-Geral tratam-se de temas regulatórios ou de lide privada, os quais o Cade não estão dentre as atribuições de análise desta autarquia, cujo foco é exclusivamente concorrencial.
151. Sugere-se, portanto, (i) o indeferimento do pedido de medida preventiva solicitado pelo Semasa e (ii) o arquivamento do presente Inquérito Administrativo, nos termos do artigo 13, IV, c/c artigo 67 da Lei nº 12.529/2011, devido à insubsistência de indícios de infração à ordem econômica para ensejar a instauração de Processo Administrativo, sem prejuízo de abertura de futuras investigações em face de novos indícios que eventualmente sejam trazidos ao conhecimento do Cade.

[1] Sei nº 0132453.

[2] Em sua Representação, o Semasa juntou diversos documentos aos autos, incluindo os pareceres (i) “Tipificação das Condutas da Sabesp, Discussão de Doutrinas, Precedentes, Escusas Absolutórias e Padrões de Prova Aplicáveis”; (ii) “Adequação dos Dados para Estimativa de Custos e para a Realização do Teste de *As Efficient Competitor*”; (iii) “Teste de Estrangulamento de Margens e Estimativa das Tarifas de Equilíbrio”; e (iv) “Projeto: Prestação de Serviços para Estudo Regulatório”.

[3] Sei nº 0132792.

[4] Sei nº 0151516.

[5] Sei nº 0163303.

[6] Sei nº 0165908.

[7] Sei nº 0168101.

[8] Sei nº 0169088. A Odebrecht é concessionária de saneamento de água, sendo responsável pelo esgotamento sanitário dos municípios de Mauá e Rio Claro e pelos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário dos municípios de Mairinque, Limeira, Santa Gertrudes, Porto Ferreira e Sumaré.

[9] Nota Técnica 10/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE (Sei nº 0172391).

[10] Sei nº 0200404.

[11] Foram anexados à petição diversos estudos deliberativos da Arsesp que dizem respeito à regulação tarifária dos serviços de saneamento, bem como o estudo realizado pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras ("Fipecafi") acerca dos custos da Sabesp na produção de água na região metropolitana de São Paulo.

[12] Sei nº 0184381.

[13] Sei nº 0212591.

[14] Sei nº 0223737.

[15] Sei nº 0231532.

[16] Sei nº 0237580.

[17] Sei nº 0238756.

[18] Sei nº 0238971.

[19] Lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm) . Acesso em: 30/04/2017.

[20] Sei nº 0288260.

[21] Sei nº 0288049.

[22] "Como referido pela Ex-Presidente do CADE, Elizabeth Farina, no Processo administrativo n.º 08012.007514/2000-79, 'o preço cobrado acima de seus custos marginais (...) representa a recompensa para o investimento bem sucedido. Impedir que a firma realize seus lucros (...) teria o efeito de desestimular que o empresário assumira riscos intrínsecos a qualquer investimento, o que é um resultado indesejável sob qualquer perspectiva'".

[23] Atos de Concentração n.ºs 08700.001301/2016-41, 08700.006940/2014-30, 08700.005308/2013-99, 08012.001616/2012-12, 08012.001299/2012-34, 08012.002929/2010-26.

[24] Em termos de Classificação Nacional de Atividades Econômicas ("CNAE"), a atividade da Sabesp se incluiria na subclasse 3600-6/01 que contempla a atividade de captação, tratamento e distribuição de água. Esta subclasse compreende a captação de água de chuva, rios, lagos, fontes, do subsolo, etc., além do tratamento e purificação da água para fins de abastecimento. A atividade inclui, ainda, a armazenagem em reservatórios e a distribuição de água através de uma rede permanente de linhas, tubulações e duto, bem como a operação de canais de irrigação.

[25] Disponível em: [http://site.sabesp.com.br/uploads/file/asabesp\\_doctos/Tratamento\\_Agua\\_Impressao.pdf](http://site.sabesp.com.br/uploads/file/asabesp_doctos/Tratamento_Agua_Impressao.pdf) . Acesso em 6.3.2017.

[26] Note-se que, embora Sumaré seja atendido por prestador independente de distribuição de água no varejo, o município adquire apenas 8% da água que distribui da Sabesp, conforme já mencionado. Dessa forma, não é significativamente afetado pela possível conduta, consoante informou a Odebrecht Ambiental S.A. (Sei nº 0169088).

[27] Disponível em: <http://www.semasa.sp.gov.br/agua-e-esgoto/abastecimento-e-monitoramento/> . Acesso em 06/03/2017.

[28] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Eo3O-LF3Mx0> . Acesso em 06/03/2017.

[29] "A margin squeeze is said to arise when the margin between the price at which the integrated firm sells the downstream product and the price at which it sells the essential input to rivals is too small to allow downstream rivals to survive or effectively compete, to the detriment of downstream consumers. The primary antitrust concern is that a firm engaging in a margin squeeze may limit, restrict or prevent the development of competition in the downstream market. Depending on the circumstances, this may raise the price or reduce the quality or variety of products available to downstream customers." OECD Policy Roundtables, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf> . Acesso em 06/03/2017.

[30] "A margin squeeze occurs when there is such a narrow margin between an integrated provider's price for selling essential inputs to a rival and its downstream price that the rival cannot survive or effectively compete. A margin squeeze can arise only when

(a) an upstream firm produces an input for which there are no good economic substitutes,

(b) the upstream firm sells that input to one or more downstream firms and

(c) the upstream firm also directly competes in that downstream market against those firms. (...)

In order for a margin squeeze case to arise, three elements must be present" – Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf> . Acesso em 31/03/2017.

[31] Os termos *price squeeze* e *margin squeeze* são sinônimos, sendo que a primeira expressão foca no preço, enquanto a segunda foca a margem. Como as duas expressões se referem à mesma conduta, conforme definida ao longo dessa seção, ambas serão utilizadas ao longo da nota.

[32] Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41. Representante: Companhia de Gás de São Paulo – Comgás. Representados: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda.

[33] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm) . Acesso em: 30/04/2017.

[34] Documento disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/LegislacaoArquivos/ldl6432016.pdf> . Acesso em 16/01/2017.

[35] Informação disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=183> . Acesso em 07/04/2017.

[36] Repare-se que os períodos informados por cada oficiada não foram padronizados. Entretanto, a simples comparação dos dados demonstra que os valores cobrados pela Sabesp de cada empresa foram iguais quando analisado um mesmo período.

[37] Sei nº 0237580.

[38] Sei nº 0232673

[39] Sei nº 0238756.

[40] Sei nº 0237610.

[41] Sei nº 0237686.

[42] Recapitule-se:

“(a) uma empresa no upstream produz um insumo para o qual não há bons substitutos econômicos;

(b) a empresa no upstream vende o insumo para uma ou mais empresas no downstream” [não-integradas]

(c) a empresa no upstream também compete diretamente no mercado downstream contra aquelas empresas” [não-integradas]”

[43] Documento disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NT.pdf> Acesso em: 30.04.2017.

[44] Sei nº 0200404 (Doc. 11).

[45] Adicionalmente, a Sabesp possui tarifas diferenciadas para a população com menor poder aquisitivo e as entidades assistenciais sem fins lucrativos, desde que observadas as condições de elegibilidade publicadas e acatadas por órgão regulador, quando for o caso.

[46] Sabesp: [http://site.sabesp.com.br/site/uploads/file/clientes\\_servicos/comunicado\\_03\\_2016.pdf](http://site.sabesp.com.br/site/uploads/file/clientes_servicos/comunicado_03_2016.pdf)

Semasa: <http://www.semasa.sp.gov.br/servicos/grade-tarifaria/>.

Sama: [http://www.arsepmaua.sp.gov.br/arquivos/decreto\\_n.%C2%BA\\_8221\\_de\\_28.11.2016.pdf](http://www.arsepmaua.sp.gov.br/arquivos/decreto_n.%C2%BA_8221_de_28.11.2016.pdf).

DAE/SCS: <http://www.daescs.sp.gov.br/pdf/tarifas/Tabela-de-Tarifas-2016-12-04-2016.pdf>.

SAAE: [http://leis.guarulhos.sp.gov.br/06\\_prefeitura/leis/decretos\\_2016/33439decr.pdf](http://leis.guarulhos.sp.gov.br/06_prefeitura/leis/decretos_2016/33439decr.pdf).

[47] Informações não disponíveis para o município de Mogi das Cruzes.

[48] A Lei 11.445/07 que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico determina que cumpre às entidades reguladoras do serviço a definição de tarifas, seguindo os preceitos da referida Lei. A mesma lei estabelece que esta regulação é exercida pelos respectivos titulares do serviço público (Estados e Municípios, por exemplo) diretamente ou por delegação (agências reguladoras, como a Arsesp, p.ex.).

[49] Disponível em: <http://www2.santoandre.sp.gov.br/index.php/noticias/item/6515-Semasa-recebe-financiamento-de-80-milhoes-para-construcao-de-uma-nova-Estacao-de-Tratamento-de-Agua>. Acesso em 16.1.2017.

[50] Disponível em: < <http://www.dgabc.com.br/Noticia/2543540/paulo-serra-visita-cade-para-chechar-acao-contra-valor-da-agua> >. Acesso em 14.06.2017.

[51] Sei nº 0237580.

[52] Conforme resposta da Sabesp ao ofício 1844/2016 (Sei 0200404), documentos do anexo 4, onde constam as deliberações da Arsesp sobre os reajustes de preços.

[53] Sei nº 0281741.



Documento assinado eletronicamente por **Kenys Menezes Machado, Superintendente Geral Adjunto(a)**, em 20/07/2017, às 17:49, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Carolina Helena Coelho Antunes, Coordenador(a)-Geral**, em 20/07/2017, às 17:52, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.cade.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0365362** e o código CRC **945724A2**.