

JOTA

IBRAC debate nova fase do antitruste em meio a Lava Jato e retomada da economia

Publicado 12 de Outubro, 2016



Fachada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

JOTA Imagens



Por Iuri Dantas
São Paulo
iuri.dantas@jota.info

A Nova Lei do Cade (Lei 12.529/2011) ultrapassou a primeira fase de implementação, eliminando dúvidas sobre a aprovação e aplicação de multas a operações de fusão, aquisição e controle societário. A autoridade da concorrência tem conseguido concentrar tempo e esforços no julgamento das operações mais complexas e das condutas de maior dano ao mercado, como cartéis.

Vencida essa etapa, como ampliar a previsibilidade e aumentar a segurança jurídica da atuação do Cade no cálculo de multas, participação de terceiros interessados em grandes casos, negociações de acordos, análise de contratos associativos e outros gargalos?

As estimativas de fim próximo da recessão e previsão de retomada do

crescimento econômico em 2017 colocam estas dúvidas estão na pauta do dia de investidores, empresas e advogados.

Autoridades e especialistas abordarão estes e outros temas relacionados ao ambiente de negócios durante o 22º Seminário de Defesa da Concorrência em Campos do Jordão (SP) de 19 a 21 de outubro. O evento é organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional e tem apoio do **JOTA** – veja a programação completa ao fim deste texto.

“Os mecanismos da nova lei estão dando certo, mas precisamos discutir como aperfeiçoar, racionalizar e como tornar o ambiente mais seguro e previsível”, analisa o advogado Eduardo Caminati, presidente do IBRAC e sócio do escritório Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati. “O Brasil começa a embicar num cenário de retomada e ganha importância a agenda positiva. Um ambiente saudável de combate efetivo a cartel e de análise célere acaba se tornando prioritário.”

Vantagem auferida

Estruturado em 11 diferentes painéis de discussão, o seminário vai abordar dois dos temas mais polêmicos atualmente no Cade. A forma de calcular punições às empresas envolvidas em condutas que prejudicam a concorrência no mercado e como tornar mais previsíveis os valores que serão definidos em negociações de acordos em Termos de Compromisso de Cessação (TCC).

Ganhou destaque ao longo deste ano o forte debate entre conselheiros do tribunal administrativo sobre a dosimetria da multa em infrações à ordem econômica. O Plenário, com quatro novos integrantes nomeados no fim do ano passado, abrigou discussões acaloradas no primeiro semestre. Hoje o assunto é tratado de forma mais amena, mas ainda latente. Os debates entre os conselheiros levantaram dúvidas entre os advogados do setor – e consequentemente entre as empresas – sobre eventual mudança na forma de o Cade calcular as multas.

O ponto central da controvérsia diz respeito ao cálculo de quanto uma empresa ganha efetivamente ao praticar uma conduta lesiva à concorrência. A legislação sempre tentou aplicar à empresa uma multa que representasse algo próximo do que a companhia ganhou ao se engajar na prática ilícita. Na Lei 8.884/1994, esse valor era definido como até 30% do faturamento bruto da empresa no ano anterior ao início da conduta. Na Lei 12.529/2011, o percentual do faturamento foi reduzido para até 20%. Os textos se referem, ainda, à chamada “vantagem auferida” – os valores que a empresa embolsou ao distorcer o mercado -, quando for possível calcular tal montante.

Ou seja, a autoridade não poderia punir uma empresa sem levar em conta o quanto ela ganhou com a infração, para evitar que o cartel se torne um bom negócio e a multa do Cade seja vista apenas como uma espécie de pedágio na obtenção de lucros ilegais.

Os conselheiros Cristiane Alkmin e João Paulo Resende, economistas de formação, acreditam que é possível fazer esses cálculos com razoável grau de confiança. Já os demais conselheiros – e a jurisprudência e atuação recente do Cade – sempre indicaram uma desconfiança grande em relação a estes cálculos e uma opção clara pelo percentual fixado na legislação.

Às empresas e advogados importa saber se, quando, e principalmente como e em que casos o Plenário pode aplicar o cálculo da vantagem auferida, uma vez que o debate está posto.

“Quais os limites? É para aplicar em processos administrativos ou devo pensar em vantagem auferida na negociação de TCC?”, pergunta Caminati, em linha com dúvidas de diversos operadores ouvidos pelo JOTA. O assunto ocupará o primeiro painel do seminário do IBRAC.

Leniência e TCC

Uma das maiores apostas da nova Lei do Cade foi a chamada análise prévia dos negócios. Os chamados Atos de Concentração agora precisam ser submetidos ao Cade antes que a integração entre as empresas seja consumada – sob pena de multa e eventual anulação de contratos. Realizar a fusão antes do aval do Cade passou a ser uma infração chamada de Gun Jumping.

Os Atos de Concentração, que consumiam boa parte do tempo dos conselheiros, passaram a ser analisados e aprovados em sua ampla maioria pela Superintendência Geral. Isso permitiu ao Plenário uma maior especialização: ali são julgados os negócios que exigem uma análise e debate mais aprofundado, diante dos seus impactos no mercado. Neste cenário, os conselheiros também puderam focar mais em condutas anticompetitivas.

Na quase totalidade dos casos de infração à ordem econômica – como cartéis, por exemplo – empresas envolvidas buscam o Cade para negociar uma redução na multa, sob o compromisso de auxiliarem as investigações e interromperem a prática lesiva. É assim no cartel dos trens de São Paulo, na operação Lava Jato, em cartéis internacionais com impacto no Brasil e tantos outros.

Se a fila de empresas querendo negociar com o Cade só faz crescer, é preciso “racionalizar” o trabalho e permitir que advogados saibam de antemão os critérios e parâmetros usados pela Superintendência Geral e

os conselheiros para aceitarem um acordo, afirma Caminati.

Por isso, o tema estará presente no seminário do IBRAC. Uma das dúvidas principais da comunidade antitruste é como se calcula uma multa em um acordo de leniência, por exemplo.

“A gente vive uma segunda fase, de eventualmente fazer ajustes em mecanismos de negociação de leniência e TCC”, disse Caminati. “O Cade está sendo soterrado por pedidos de negociação de TCC, mas por outro lado precisa apertar os parafusos: quando se tem uma política com resultados exitosos é preciso racionalizar diante dessa demanda.”

Leia abaixo a programação atualizada do seminário



Quinta-feira, 20.10.2016

8:15 Credenciamento e Welcome coffee

8:30 Abertura: Eduardo Caminati | Presidente do IBRAC

9:00 – 10:30 | Sala A

PAINEL 1 – Vantagem auferida: limitações para sua adoção na dosimetria de multas | Limits to the adoption of ‘earned benefits’ for penalty dosimetry

Painel proposto pela Comissão Organizadora

- Moderador: Eduardo Caminati | *Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati*
- Eduardo Frade | *Superintendente-geral Adjunto do CADE*
- Márcio de Oliveira Júnior | *Presidente Interino do CADE*
- Edgard Pereira | *EDAP*
- Pedro Paulo Salles Cristóforo | *Lobo & Ibeas Advogados*
- Marcio Bueno | *TozziniFreire Advogados*

10:30 – 10:45 | Coffee-Break

10:45 – 12:30 | Sala A

PAINEL 2 – Terceiros interessados nos processos do Cade | Intervening third parties in Cade’s proceedings

Qual o papel do terceiro interessado em atos de concentração? Sopesar os interesses privados e públicos envolvidos em tais intervenções, e a extensão do poder da autoridade de acolher requerimentos de partes com interesses diretos na transação tem sido um desafio. Neste painel assistiremos a um debate real de um caso hipotético, onde as empresas, os advogados e as autoridades discutem e interagem sobre pros e contras da estratégia. *Painel proposto por Adriana Giannini, Mariana Tavares & Ricardo Gaillard*

- Moderadora: Cristianne Zarzur | *Pinheiro Neto Advogados*
- Mariana Tavares de Araujo | *Levy & Salomão Advogados*
- Joyce Midori Honda | *Souza Cescon*
- Gilvandro Araújo | *Conselheiro do Cade*
- Paulo Casagrande | *Stocche Forbes Advogados*

10:45 – 12:30| Sala B

PAINEL 3 – MOCKTRIAL| Mocktrial

A Empresa ConstruBrasil ingressou com Ação Anulatória perante o Poder Judiciário para discussão da multa de 15% do seu faturamento bruto imposta pelo CADE em 2015, por participação em cartel com outras 3 empresas. A somatória da participação de mercado das 3 empresas chega a 30% do mercado. Contra a empresa líder do mercado, TPS, que detém participação de mercado em torno de 60%, não há qualquer evidência. O caso se iniciou com uma Leniência promovida pela empresa Expert Engenharia, que gerou busca e apreensão promovida pela Polícia Federal. A ação anulatória discute o padrão probatório que deve ser aplicado – conduta *per se* vs regra da razão, além de outros elementos utilizados pelo CADE para condenação das empresas. O tratamento trazido pelo CADE foi *per se*, não tendo havido demonstração dos efeitos lesivos da prática. Ademais, além da ação anulatória, existem procedimentos correndo no Poder Judiciário que envolvem ações de ressarcimento de danos contra as 3 empresas, haja vista que o CADE fora compelido a fornecer os documentos apresentados pelos Lenientes por força de liminar concedida pelo STJ, e sob os quais se embasam as ações. As ações se encontram sob o mesmo juízo por força de conexão. O painel implicará em duas audiências sucessivas para discussão das ações. *Painel proposto por Bruno Drago e Bruno Lana Peixoto*

Formato do painel: Mocktrial

Audiência 1 – Ação Anulatória (40 minutos)

- Juiz de Direito: Lauro Celidonio Neto | Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Adv
- Advogado do CADE: Diogo Thomson de *Andrade* |

Superintendente-geral Adjunto do CADE

- Advogado da ConstruBrasil: Bruno Drago | Demarest Advogados

Audiência 2 – Ação Reparatória (40 minutos)

- Juiz de Direito: Lauro Celidonio Neto | Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Adv
- Advogado da Ré: Guilherme Ribas | *Mundie Advogados*
- Advogado da Autora: Bruno Lana Peixoto | *Araujo e Policastro Advogados*

12:30 – 14:00 Almoço | Lunch**14:00 – 15:45| Sala A****PAINEL 4 – Novas tecnologias, big data e concorrência: nuvens de inquietações | Competition, new technologies and big data: clouds of worries**

O painel abordará como as novas tecnologias podem influenciar as relações de concorrência no mercado e como empresas que se estabeleceram com base em Big Data podem ser alvo de investigações na medida em que o uso de tais informações pode estar relacionado a questões de concorrência. Destacam-se também aspectos de redução do custo de procura para o consumidor e ganhos relativos ao surgimento de novos mercados. A reflexão que se propõe será feita tanto por economista, pela empresa e sob a perspectiva europeia. *Painel proposto por Joyce Honda, Gesner Oliveira e Guilherme Missali*

- Moderador: Caio Mario da Silva Pereira Neto| Pereira Neto – Macedo Advogados
- Gesner Oliveira | GO Associados
- Paulo Burnier da Silveira | Conselheiro do Cade
- Paulo Garcia | Infoprice

14:00 – 15:45| Sala B**PAINEL 5 – Prova de eficiências em atos de concentração | Efficiency evidence in merger filing cases**

O papel das eficiências na aprovação de atos de concentração que podem despertar preocupações concorrenciais tem aumentado nos últimos anos. Contudo, dúvidas permanecem sobre quais eficiências são ou não aceitas pelo CADE e qual o critério de prova. O presente painel tem como objetivo debater essa questão levando em conta a visão dos diversos stakeholders envolvidos. *Painel proposto por Adriana Giannini*

- Moderadora: Adriana Giannini Franco | *Trench Rossi e Watanabe*

Advogados

- Cesar Matos | *FA Consultoria Econômica*
- Aurélio Marchini Santos | *Cascione Pulino Boulos e Santos Advogados*
- Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt | *Conselheira do Cade*
- Kenys Menezes Machado | *Superintendente Adjunto do Cade*

15:45 – 16:00 Coffee-Break**16:00 – 17:45 | Sala A****PAINEL 6 – Buying group: análise antitruste de compra coletiva | Competitors'buying groups**

Grupos de compras entre concorrentes chamam a atenção das autoridades antitruste. Ante a limitada jurisprudência do SBDC, discutir-se-á: (i) se estas operações devem ser analisadas pela regra da razão, ou podem ser reprovadas per se; (ii) quando a teoria de poder compensatório é aplicável; (iii) se eficiências têm importância adicional; e (iv) se haveria limitação para aprovação condicionada apenas com remédios comportamentais. *Painel proposto por Carolina Saito*

- Moderadora: Carolina Saito | Grinberg e Cordovil Advogados
- Stephen Weissman | Baker Botts L.L.P. (EUA)
- Cleveland Prates Teixeira | Microanalysis
- Sergio Varela Bruna | Lobo & De Rizzo Advogados
- Mario Gordilho | Coordenador-Geral do Cade

16:00 – 17:45 | Sala B**PAINEL 7 – Antitruste no setor bancário e de meios de pagamento | Competition law applied to the banking sector and payment methods**

O objetivo do painel é discutir temas relevantes relacionados à defesa da concorrência no setor bancário. Dentro os temas a serem abordados, incluem-se o conflito positivo de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) no que concerne ao controle de concentrações entre instituições financeiras, a relação entre concentração, concorrência e risco sistêmico, o papel dos bancos públicos como fomentadores da livre concorrência, bem como os critérios utilizados pelo CADE na análise de atos de concentração no setor. Painel proposto por Paulo Eduardo Lilla

- Moderador: Paulo Eduardo Lilla | Lefosse Advogados
- João Paulo de Resende | Conselheiro do Cade
- Bernardo Macedo | LCA

- Celso Campilongo | Campilongo Advogados

17:45 -18:15 |Sala A

Conferência do Subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil **Marcelo Pacheco dos Guaranys**

18:15 Entrega do **Prêmio IBRAC-TIM** | *IBRAC-TIM Award*

18:45 – 19:45 Coquetel | Cocktail

21:30 – Night out at Baden Baden

Sexta-Feira, 21.10.2016

09:00 – 10:45 4| Sala A

PAINEL 8 – O papel do Judiciário no direito da concorrência | The role of the Court in Competition Law

O papel essencial do Poder Judiciário na modelagem de um sistema de combate às infrações concorrenciais é inegável. Balizamento do devido processo legal, garantia aos princípios do contraditório e ampla defesa e revisão da proporcionalidade e dos parâmetros probatórios adequados à condenação de empresas e seus administradores são algumas das funções mais essenciais a serem desempenhadas por este pilar do nosso sistema tripartite. Neste cenário, pretendemos apresentar, de forma sistematizada, aquilo que seria a jurisprudência dos Tribunais em matéria de concorrência, aprofundando o debate do papel do Poder Judiciário nestas questões. *Painel proposto por Bruno Drago e Bruno Lana Peixoto*

- Moderador: Fernando de Oliveira Marques | Oliveira Marques Advogados
- José Inácio Gonzaga Franceschini | Franceschini e Miranda Advogados
- Victor Rufino | Procurador-chefe do Cade
- Lafayette Petter | MPF/Cade

09:00 – 10:45 | Sala B

PAINEL 9 – Ilícito por omissão no direito da concorrência? |Sin of omission in Competition Law?

A Lei 12.529/11 não prevê expressamente tipos omissivos de infração à ordem econômica. No caput do art. 36 e no rol descritivo do seu parágrafo terceiro são descritas condutas cujo núcleo central é composto de verbos de ação (e.g., acordar, combinar, promover, etc). Ou seja, ainda

que sem exigir culpa ou a produção de efeitos, a infração exigiria uma ação. Contudo, dado o dinamismo das práticas que podem causar danos à concorrência, e tendo em vista o conteúdo aberto e indefinido das normas da LDC, pergunta-se se haveria alguma hipótese em que a Lei poderia considerar presente um dever de agir para evitar a produção de um resultado danoso. A questão é atual em vista dos numerosos acordos firmados pelo CADE em que o agente privado assume o compromisso de adotar mecanismos de prevenção, os chamados programas de compliance. Além disso, recente parecer da Superintendência-Geral sugeriu que a omissão do agente econômico com posição dominante serviria de estímulo à conduta anticoncorrencial, podendo ser enquadrada como o ilícito de “influenciar a adoção de conduta comercial uniforme”. Sendo esse o caso, é preciso investigar quando o dever de agir estaria presente, quais seriam os seus contornos e quais os limites para a responsabilização da pessoa jurídica na omissão desse dever. Painel proposto por Gabriel Nogueira Dias, Francisco Niclos Negrão e Hermes Nereu C. Oliveira

- Moderadora |Raquel Cândido | Magalhães e Dias Advocacia
- Pedro Zanotta | Albino Advogados Associados
- Alexandre Cordeiro de Macedo | Conselheiro do CADE
- Tiago Marrara | Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP-USP

10:45 – 11:00 Coffee-Break

11:00 – 11:45 |Sala A

Painel 10 – Roundtable with our foreign speakers

- Moderador: Tito Andrade | Machado Meyer Advogados
- Stephen Weissman | Baker Botts L.L.P. (EUA)
- Miguel Rato | Shearman & Sterling LLP

11:00 – 11:45 |Sala A

Painel 11 – Entrevista com autoridades | Interview with Authorities

- Moderadores: Eduardo Caminati e Barbara Rosenberg
- Márcio de Oliveira Júnior | Presidente Interino do CADE
- Eduardo Frade | Superintendente-geral Adjunto do CADE

12:30 – Encerramento

Comissão Organizadora: Barbara Rosenberg, Bernardo Gouthier Macedo, Celso Campilongo, Eduardo Caminati Anders, Fernando de Oliveira Marques, Marcio Bueno, Mauro Grinberg e Pedro Paulo

Cristofaro.

#ibraccampos2016

RECOMENDADAS



CONCORRÊNCIA

Por Guilherme Pimenta

Adoção de compliance reduz multas do Cade, diz conselheiro



CONCORRÊNCIA

Por Vinicius Marques de Carvalho

Trump, Trusts e Bananas



OPINIÃO

Por Mauro Grinberg e Victor Taffaro

A Pipoca e o Direito



JUSTIÇA

Por Guilherme Pimenta

Leniência é para quebrar solidariedade entre criminosos, afirma procurador da Lava Jato



OPINIÃO

Por Leonardo Peres da Rocha e Silva, Daniel Costa Rebello e Raul Nero Perius Ramos

Nova definição de contratos associativos pelo CADE