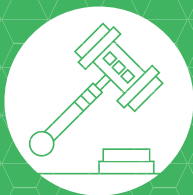


DIREITO CONCORRENCIAL

MANUAL DE PRÁTICAS
CONCORRENCIAIS - 2018

Revisto e atualizado de acordo
com a Lei nº 12.529/2011



DIREITO CONCORRENCIAL

MANUAL DE PRÁTICAS
CONCORRENCIAIS - 2018

Revisto e atualizado de acordo
com a Lei nº 12.529/2011

Caros colegas da indústria,

As autoridades brasileiras de defesa da concorrência têm atuado de forma séria e responsável, em consonância com as melhores práticas solidificadas em países com maior experiência na preservação de um ambiente econômico competitivo, no cenário de desafiante globalização e na consolidação de efetiva política nacional de defesa da concorrência. A mais recente Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) é exemplo desse amadurecimento.

Atenta à relevância do tema, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp e o Centro das Indústrias do Estado de São Paulo – Ciesp, num gesto de cooperação com os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, se propõem a reeditar, agora em conformidade com a legislação vigente, um manual de certificação e cumprimento da lei (*compliance*) que permita aos executivos das empresas dos mais variados portes evitar ações e atitudes que possam levar à geração de falhas e distorções competitivas no mercado. Ou seja, um manual que oriente os empresários a competir com absoluta transparência, conduzir seus negócios de forma eticamente responsável e nos limites das normas legais. Trata-se da segunda edição de publicação que obteve excelente receptividade do empresariado e das Autoridades.

São iniciativas como essa que levam à construção de um clima concorrencial efetivo, proporcionando aos investidores, empresários e a toda sociedade maior segurança jurídica e econômica, com os benefícios de uma legislação bem fundada e de ambiente institucional amadurecido. Concorrência como fator impulsionador da inovação e do crescimento.

Certos de que poderemos contribuir muito para o avanço do Brasil nas questões concorrencias, contam sempre com o apoio da Fiesp e do Ciesp.

Cordialmente,

Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp
Centro das Indústrias do Estado de São Paulo – Ciesp

A Maturidade da Defesa da Concorrência

A moderna economia de mercado se desenvolve em ambiente peculiar e revestido de garantias jurídicas. Direitos de Propriedade e Direitos Contratuais, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor, e, por fim, Direito à Livre Concorrência formam a ordem jurídica do mercado. São liberdades sem as quais inovação, investimento, circulação da riqueza, eficiência econômica e competitividade não se firmam. Por isso, o amadurecimento da Lei Antitruste brasileira – e, especialmente, da mais recente Lei nº 12.529/2011 – pode ser visto como aspecto relevante do estágio atingido pela própria economia nacional. Instituições jurídicas saudáveis e efetivas contribuem para o desenvolvimento econômico. Pujança econômica, na mesma linha, calibra modelagens jurídicas. Esse o diálogo profícuo entre Direito e Economia, do qual a legislação concorrencial pátria foi beneficiária.

Ainda que a história do Direito da Concorrência, entre nós, encontre marco constitucional na Carta de 1946 e emblema legislativo na Lei nº 4.137, de 1962, importantes pressupostos jurídico-econômicos não estavam dados, até 1994 – data da aprovação da Lei nº 8.884/1994, Lei Antitruste anterior à vigente – para que o antitruste se afirmasse entre nós. Inflação elevada, moeda frágil, excessivo intervencionismo e dirigismo da economia, fortíssima presença do Estado no domínio econômico, dentre outros fatores, dificultavam a consolidação do antitruste. De lá para cá, o quadro institucional mudou bastante. Além disso, a chamada globalização econômica revelou, definitivamente, a grandeza e importância do mercado brasileiro. Todos esses ventos favoráveis facilitaram a “navegação” venturosa do Direito da Concorrência entre nós, nos últimos anos.

Há três décadas, a literatura jurídica antitruste e, a bem da verdade, a própria cultura empresarial prevalecente não tinham a concorrência e a competitividade como temas de destaque. Praticamente não se estudava nem se escrevia sobre a matéria nas escolas de Direito. Raros eram os encontros empresariais que conferissem aos temas da concorrência e da rivalidade posição central. Hoje, o assunto é quase popular. Cartéis, leniências, programas de “*compliance*”, atos de concentração empresarial e a aplicação de penalidades de grande monta, pelo Cade – entidade que, também nas últimas décadas, conquistou enorme visibilidade, reconhecimento e respeitabilidade, inclusive internacional –,

fizeram do Direito da Concorrência assunto do cotidiano da mídia, dos juristas e dos empresários.

Ao lado da modernização do nosso modelo de defesa da concorrência, a Lei nº 12.529/2011 foi seguida por um conjunto de novos diplomas legais, como as Leis Anticorrupção, de Transparência, das Estatais, o novo Código de Processo Civil e, mais recentemente, a própria reforma trabalhista, que redefinem padrões de comportamento empresarial e de racionalidade jurídica.

Por tudo isso, atendendo a demandas da indústria, a FIESP – com o trabalho de seu ativo “Grupo de Estudo Temático de Direito Concorrencial” – atualiza e reedita, na forma de cartilha, em linguagem direta e didática, o presente “**Manual de Práticas Concorrenciais**” que foi publicado, pela primeira vez, em 2010. A cartilha organiza e sintetiza, com clareza, as principais informações que o empresário precisa conhecer para agir de forma ética, eficiente e legal. Mais um passo importante da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo na afirmação de um empresariado dinâmico, competitivo e inovador.

Sydney Sanches

Presidente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos – CONJUR
Ex-Ministro do STF

ÍNDICE

1. A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA	11
2. APLICAÇÃO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	14
2.1. Direito de ação	14
2.2. Requisição de informações pelo Cade.....	16
3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO	17
3.1. Quando submeter os Atos de Concentração ao SBDC	19
3.2. Tipos de Concentração.....	22
3.3. Aprovação dos Atos de Concentração	22
3.4. Aprovação condicional: o Acordo em Controle de Concentrações	24
4. PRINCIPAIS CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS	25
4.1 Condutas Horizontais.....	26
4.2 Condutas Verticais.....	28
5. RELAÇÕES COM CONCORRENTES	30
5.1. Contatos e Acordos Proibidos.....	30
5.1.1. Fixação de Preços ou de Condições de Venda em Acordo com Concorrente	30
5.1.2. Divisão de Mercados ou de Clientes entre Concorrentes.....	31
5.1.3. Acordo para Controlar a Pesquisa, o Desenvolvimento Tecnológico ou a Produção	32
5.1.4. Troca de informações concorrencialmente sensíveis	32
5.1.5. E quando o concorrente for também cliente ou fornecedor?	34
5.2. Políticas de Preços e Políticas Comerciais	34
6. RELAÇÕES COM CLIENTES E FORNECEDORES	35
6.1. Modo de Atuação.....	35
6.2. Novos Contratos de Distribuição ou Fornecimento.....	36
6.3. Venda de Produtos.....	37
6.4. Discriminação de preços e condições de venda.....	37
6.5. Recusa em negociar	38
7. RELAÇÕES COM ASSOCIAÇÕES, SINDICATOS, FEDERAÇÕES E CONFEDERAÇÕES DE EMPRESAS	39
7.1. Práticas associativas que podem configurar infrações à ordem econômica	40

7.1.1. Coleta de dados	40
7.1.2. Reuniões	41
7.1.3. Fixação de preços	42
7.1.4. Fixação de produção/capacidade de produção	42
7.1.5. Divisão de mercado/clientela	42
7.1.6. Boicotes e Recusa de contratos	43
7.2. Outros cuidados a serem adotados	43
7.2.1. Informações de cada empresa	44
7.2.2. Critérios para admissão de associados	44
7.2.3. Critérios para exclusão de associados	44
7.2.4. Tratamento dispensado a não-membros	45
7.2.5. Compilação e distribuição de dados econômicos	45
7.2.6. Compra conjunta por meio da associação	46
7.2.7. P&D Coletivos	46
7.2.8. Certificação e Padronização	47
7.2.9. Padronização e PI	47
7.2.10. Publicidade	48
7.2.11. Estatuto e Regras	48
7.2.12. Comunicação e Correspondência	48
7.2.13. Outras práticas	49
7.3. Elementos de um programa de <i>compliance</i> efetivo	51
 8. RELAÇÕES COM SUBSIDIÁRIAS, CONTROLADAS E COLIGADAS	 54
 9. O QUE FAZER EM CASO DE BUSCA E APREENSÃO	 55
 10. COLABORAÇÃO COM AS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS	 57
10.1. Requerimento de Informações	57
10.2. Investigações Concorrenciais	58
 11. PROGRAMA DE COMPLIANCE	 59
11.1. Conceito	59
11.2. Importância da Adoção de um Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial	59
11.3. Implementação	60
 12. REVISÃO PERIÓDICA DAS BOAS PRÁTICAS CONCORRENCIAIS	 61
12.1. Aconselhamento Jurídico Prévio	61
12.2. Revisão Periódica	61

1. A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Os últimos vinte anos foram marcados por louvável esforço das autoridades brasileiras responsáveis pela defesa da concorrência em implantar uma eficiente política de Estado disciplinadora das forças de mercado, sincronizando-as com os interesses da coletividade, o que vem proporcionando a imposição de severas sanções por sua violação. Ao mesmo tempo, a ação preventiva das autoridades no tocante ao controle de estruturas empresariais, os chamados atos de concentração, que possam representar ameaça à concorrência, tem-se revelado eficiente, evitando-se que posições dominantes em determinados mercados levem ao exercício do poder de discricionariedade sobre ele e, conseqüentemente, à redução ou eliminação da concorrência. A teoria econômica ensina que, no caso de alta concentração de mercado, a hipótese de comportamento colusório ou de desenvolvimento de outras práticas anticoncorrenciais é sempre maior, além de gerar ineficiências estáticas e dinâmicas que interferem no bem-estar da sociedade.

Fazemos parte de um elenco não muito extenso de países em que a Constituição insere a livre iniciativa dentre os princípios fundamentais do Estado e a livre concorrência dentre os princípios gerais que comandam a atividade econômica. Isso significa dizer que o exercício da concorrência é fator essencial na determinação dos preços de bens e serviços e que a lei deverá estar apta a proteger o funcionamento do mercado, combatendo as práticas que tenham por objeto, ou possam ter como efeito, impedir, limitar ou distorcer a concorrência no campo econômico.

A Constituição Federal estabelece, em seu Título VII, Capítulo I, os princípios relativos à ordem econômica, dentre eles o da livre concorrência. No Art. 173, são caracterizados como abuso do poder econômico os atos ou condutas que tenham por objeto, ou como efeito, a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Como a liberdade de iniciativa e a livre concorrência são pilares sobre os quais se funda a ordem econômica do país, não seria demais equipará-los à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político.

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica – conhecida como Lei de Defesa da Concorrência – fixou e deu funcionalidade ao modelo institucional que propiciou mais efetiva ação governamental nesse campo, deixando patente, logo no parágrafo único de seu Art. 1º que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos” por ela protegidos.

A tutela da concorrência que é, portanto, dever do Estado, exerce-se através dos órgãos do chamado **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência “SBDC”**.



FIQUE ATENTO

A mais recente Lei de Defesa da Concorrência procurou modernizar o sistema, simplificar sua estrutura e torná-lo mais ágil e racional. As mudanças mais significativas são atinentes:

- (i) à reorganização do sistema, congregando-se Cade, SDE e parcela da SEAE num único órgão especializado na defesa da concorrência; e
- (ii) a efetivação do “controle prévio” das concentrações empresariais.

A segunda mudança passou a exigir autorização preliminar do Cade para que fusões e aquisições gerem efeitos.

Pode se dizer que, desde a edição da atual Lei de Defesa da Concorrência, o direito concorrencial brasileiro vem conquistando crescente visibilidade e real importância, inclusive no cenário internacional. Nos últimos anos, o Cade recebeu diversos prêmios e foi apontado como órgão exemplar.

Vale ressaltar que a defesa da concorrência é ancorada num direito difuso e não na defesa de interesses individuais. Por isso, é comum dizer-se que a legislação e os órgãos responsáveis pelo seu cumprimento existem para proteger a concorrência e não os concorrentes. É um instrumento extremamente relevante que o Estado possui para regular os negócios, sem neles intervir diretamente, estimulando, assim, o processo competitivo e inibindo práticas predatórias de abuso do poder econômico. Previsão existe, também, para controlar previamente a concentração econômica derivada de fusões, incorporações, aquisições, associações ou atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados de bens e serviços.

Essa agenda de cooperação é simples, mas valoriza conjunto de garantias sistêmicas básicas, necessárias à promoção e ao estímulo do que se convencionou chamar de “cultura da concorrência”, onde pesam a existência de uma estrutura legal moderna, densa capacidade executória jurídico-administrativa e um histórico de supervisão eficiente do cumprimento da lei por parte do SBDC. Com isso, estarão sendo reforçadas regras claras, estáveis e harmônicas com as melhores práticas internacionais de defesa da concorrência e regulação dos mercados.

2. APLICAÇÃO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira aplica-se às práticas cometidas, no todo ou em parte, no território nacional ou que nele possam produzir efeitos. Duas observações devem ser feitas:

- (i) a lei não exige que os efeitos sejam alcançados ou produzidos, basta provar o potencial para a produção dos efeitos para que a ilicitude contra a livre concorrência fique caracterizada;
- (ii) em geral, o mesmo tratamento é adotado nos demais países.

Imagine-se, a título de exemplo, que a prática tenha ocorrido no Brasil, por ações de empresa brasileira ou mesmo estrangeira que opere no país. Caso os efeitos dessa prática incidam ou possam produzir consequências concorrenciais em território estrangeiro, os envolvidos nas práticas, inclusive pessoas físicas, poderão ser processados também no exterior. Em resumo: pouco importa o local em que a prática ocorreu, o território do país no qual a conduta possa gerar consequências anticompetitivas sempre será competente para a instauração do processo.

2.1. Direito de ação

Os prejudicados pela conduta anticoncorrencial podem requerer diretamente em juízo a cessação das práticas que constituam infração da ordem econômica. Não é preciso que o lesado procure previamente ou aguarde pela tutela do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

A Lei de Defesa da Concorrência também prevê que o lesado postule, além de cessação da prática, indenização por perdas e danos decorrentes da conduta ilícita. Essa indenização não se confunde com a multa eventualmente imposta pelo Cade. Caso se trate de ofensa a interesse individual, apenas o próprio prejudicado poderá pleitear a indenização em juízo. Se, ao contrário, a lesão ofende interesses de todos, também chamados transindividuais (coletivos, difusos ou individuais homogêneos), terão legitimidade para a ação de indenização o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades

e órgãos da administração pública direta e indireta e as associações de defesa do consumidor.

A responsabilidade por ilícitos contra a concorrência ocorre em três níveis: penal, civil e administrativo. No Cade são adotadas apenas as sanções e multas administrativas. Sanções penais e indenizações por perdas e danos são aplicadas somente pelo Poder Judiciário. As multas do Cade podem atingir de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto dos envolvidos (empresa ou grupo econômico), no último exercício anterior à instauração do processo. Serão considerados, nesse cálculo, os faturamentos nos “ramos de atividade” implicados na conduta.

Mercado Relevante

O ponto de partida da análise concorrencial é a definição do mercado relevante. Mercado relevante é o mercado “a considerar”, mercado “em causa” ou mercado de “referência”. O impacto competitivo de um ato de concentração ou de uma conduta depende da correta definição do âmbito das relações concorrenciais atingidas. As dimensões da definição de mercado relevante são duas: mercado do produto (bens ou serviços que competem) e mercado geográfico (regiões territoriais da competição). Deve-se definir o mercado relevante tanto do prisma da demanda quanto do prisma da oferta. Além dos ofertantes efetivos, também os vendedores potenciais devem ser considerados no momento de definição do mercado relevante.

Ramo de Atividade

Ramo de atividade é noção controvertida introduzida pela nova Lei de Defesa da Concorrência. Ao contrário de “mercado relevante”, que possui longa tradição de tratamento doutrinário e jurisprudencial, “ramo de atividade” é conceito sem referências práticas. O Cade baixou a Resolução nº 3/2012 na qual, com base na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), apresenta lista de atividades. O “ramo de atividade” pode gerar aplicação de multas afastadas das especificidades do caso ou desproporcionais. Por isso tem sido conceito bastante criticado, inclusive pelo Cade.

A lei diz que a multa não poderá ser inferior à vantagem auferida, quando passível de estimação. Esse é outro ponto controvertido: a maioria de Plenário do Cade tem optado pela aplicação do critério de porcentagem sobre o faturamento, dadas as dificuldades de estimação da ‘vantagem auferida’. Além das empresas, também executivos, administradores, economistas, contadores, advogados, empresas de consultoria, pessoas físicas ou jurídicas e associações, de fato ou de direito, poderão ser multadas.

2.2. Requisição de informações pelo Cade

Nos termos da Lei, o Cade é o “órgão judicante” com atribuições de prevenção e repressão às infrações da ordem econômica. No desempenho dessa competência, ele pode requisitar informações, documentos e depoimentos, por exemplo, de quaisquer pessoas, órgãos e autoridades, bem como requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar dos demais as medidas necessárias ao cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência. Também pode requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos do Poder Público Federal.

No âmbito de suas atribuições, o Cade pode requerer ao Judiciário autorizações para escutas telefônicas e buscas e apreensões de provas nos locais em que estiverem.

Escutas Telefônicas e Buscas e Apreensões

Existem convênios entre a Superintendência Geral – órgão responsável pelas investigações sobre ilícitos concorrenciais que, depois, serão julgados pelo Cade – e a Polícia Federal, a Advocacia Geral da União-AGU e o Ministério Público que viabilizam o pedido e a execução quer de autorização judicial de escutas telefônicas quer de buscas e apreensões de documentos em empresas ou associações. O recurso a essas técnicas é cada vez mais frequente. Em vários casos, as condenações só foram possíveis em virtude da sofisticação desses recursos. Além disso, o Cade tem se valido de técnicas de investigação cada vez mais aprimoradas de processamento, classificação e análise de provas, especialmente com o recurso de meios eletrônicos.

3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Os atos de concentração devem ser entendidos como operações de concentração econômica, manifestadas sob variadas formas e em quaisquer setores da economia, tais como fusões, aquisições de controle (total ou parcial), incorporações, *joint ventures*, consórcios e contratos associativos.

Conforme previsto na Lei de Defesa da Concorrência, são de notificação obrigatória ao Cade e sujeitas à aprovação prévia, as operações de concentração econômica em que, cumulativamente:

- (i) pelo menos um dos “grupos econômicos” envolvidos na operação tenha registrado, no ano anterior à operação, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; **E**
- (ii) pelo menos um outro “grupo econômico” envolvido na operação tenha registrado, no ano anterior à operação, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

A fim de calcular o faturamento obtido pelas partes envolvidas na operação, a definição geral de “grupo econômico” sob a perspectiva antitruste considera: (i) as empresas sob controle comum, interno ou externo; e (ii) as empresas nas quais qualquer das empresas do item “i” seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% do capital social ou votante.

Especificamente para casos envolvendo fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico: (i) o grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e (ii) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

Além disso, no Brasil, são entendidas como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

Para o Cade, são Atos de Concentração, dentre outras hipóteses:

- Fusões, aquisições, *joint ventures* (vide exceção abaixo) e incorporações envolvendo empresas pertencentes a diferentes grupos econômicos;
- Aquisição de controle, unitário ou compartilhado (exceto a aquisição realizada pelo controlador unitário);
- Aquisição de participação societária majoritária;
- Aquisição de participação societária minoritária, mesmo sem ingerência no controle, como regra geral, de 20% nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado, ou de 5 % nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado (para demais hipóteses e maior detalhamento, vide Art. 10 da Resolução Cade nº 2/2012);
- Substituição de agente econômico, mesmo sem atuação no mercado relevante, uma vez o critério de faturamento tenha sido alcançado;
- Aquisição de ativos, tangíveis ou intangíveis, quando relacionados a um negócio (ex.: aquisição de marca, ponto, fábrica etc);
- Consórcios (vide exceção abaixo);
- Contratos associativos (vide exceção abaixo), assim entendidos aqueles com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: (i) o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e (ii) as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato (cf. Resolução Cade nº 17/2016);
- Operações realizadas por fundos de investimento.

Ainda existem dúvidas de interpretação no tocante às seguintes operações:

- Contratos de distribuição ou que gerem relações verticais entre empresas que são também concorrentes no mercado relevante objeto do contrato e atendam aos demais critérios da Resolução Cade nº 17/2016;
- Compra e venda de bens de capitais, móveis e imóveis que não estiverem relacionados a um negócio.

Para o Cade, não são Atos de Concentração de notificação obrigatória:

- Operações sem efeito no Brasil (a esse respeito, vale frisar, contudo, que a jurisprudência do Cade é que vem delimitando o alcance da sua competência com base nos efeitos locais de operações entre empresas estrangeiras celebradas no exterior);
- Operações ou contratos realizados entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e que não integrem simultaneamente outro grupo econômico;
- Contrato associativo, consórcio ou *joint venture* quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

3.1. Quando submeter os Atos de Concentração ao SBDC

A análise dos Atos de Concentração pelo Cade é feita *ex ante*, ou seja, previamente à celebração do negócio. Nesse sentido, a Lei de Defesa da Concorrência estabelece que os atos devem ser apresentados, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação, sob pena de nulidade e aplicação de multa pecuniária de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Por instrumento vinculativo entende-se os contratos celebrados entre as partes, protocolos de intenção, memorandos de entendimento ou qualquer documento que possa, de qualquer forma, vincular as obrigações das partes com o negócio a ser realizado.

Os Atos de Concentração deverão ser apresentados preferencialmente através de meio eletrônico, conforme o Guia de Peticionamento Eletrônico no Cade (<http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1/guia-peticionamento-eletronico.pdf/view>), sem prejuízo da realização de protocolo presencial ou seu envio por serviço postal de documentos à Unidade de Protocolo do Cade.

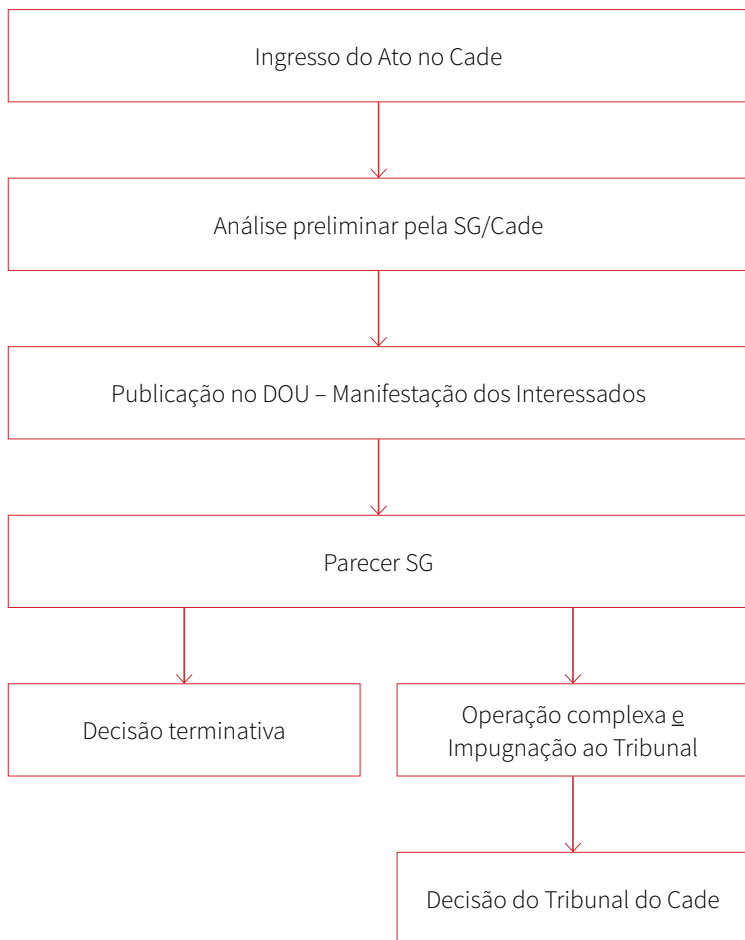
A depender do potencial ofensivo à concorrência da operação, e sob decisão discricionária do Cade, o Ato de Concentração poderá ser analisado sob diferentes ritos procedimentais, a saber, (i) sumário e (ii) ordinário.

Como regra, são enquadráveis no procedimento sumário as operações do tipo *joint-ventures* clássicas ou cooperativa, que impliquem em substituição de agente econômico, que resultem em baixa participação de mercado (com sobreposição horizontal ou integração vertical) ou com ausência de nexo de causalidade entre a concentração e os possíveis efeitos no mercado.

Os atos em análise com base no procedimento sumário serão objeto de decisão simplificada por parte da Superintendência-Geral do Cade (*i.e.*, decisão terminativa), observado o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do protocolo da petição de submissão da operação ou de sua emenda, com exceção dos casos que venham a ser reclassificados para análise em procedimento ordinário.

Não obstante a análise seja *ex ante*, o Cade pode conceder, no momento da notificação ou após a impugnação pela Superintendência-Geral ao Tribunal do Cade, autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração econômica, nos casos em que, cumulativamente: (i) não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; (ii) as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis; **E** (iii) o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida.

TRÂMITE DO PROCEDIMENTO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO



3.2. Tipos de Concentração

Tradicionalmente, as concentrações econômicas são classificadas em três categorias: concentração horizontal, concentração vertical e formação de conglomerados.

- **Concentração Horizontal:** aquisição de concorrentes – empresa adquirida vende os mesmos produtos ou presta os mesmos serviços que a adquirente, na mesma área geográfica, sendo competidores diretos no mercado relevante;
- **Concentração Vertical:** aquisição de fornecedor ou cliente – concentração entre empresas atuantes em mercados relevantes distintos, mas relacionados – diferentes etapas da cadeia produtiva;
- **Conglomerado:** aquisição de empresa que não vende os mesmos produtos ou não presta os mesmos serviços que a adquirente (ex.: aquisições realizadas por instituições financeiras em mercados não financeiros).

3.3. Aprovação dos Atos de Concentração

Os Atos de Concentração devem gerar uma concentração econômica que leve a um maior grau de eficiência e competitividade em um mercado, propiciando, inclusive, o desenvolvimento tecnológico e o benefício para o consumidor, fomentando economias de escala e propiciando o aproveitamento das sinergias em benefício da sociedade.

A avaliação de uma operação de concentração envolve análise de seu impacto sobre o mercado, para determinar em que medida este diminuiu o grau de concorrência ali existente.

Para determinação do impacto de um Ato de Concentração sobre o mercado é fundamental sua delimitação, ou seja, a indicação do mercado relevante, que é composto sempre de duas dimensões: (i) produto e (ii) geográfica. Com essa finalidade, regra geral, é aplicado o teste do monopolista hipotético para o qual o mercado relevante é definido com base no menor grupo de produtos e na menor área geográfica necessária em que seria possível um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços, avaliando-se os seguintes fatores:

- (i) Informações qualitativas que ajudem a delimitar o grau de substituíbilidade entre os produtos ou entre os serviços ofertados, tanto sob a ótica da demanda, como da oferta;
- (ii) Informações de preços;
- (iii) Fluxo de mercadorias e consumidores;
- (iv) Definição de raios; e
- (v) Outras informações da dinâmica da concorrência naquele mercado relevante.

O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, publicado em julho de 2016, descreve as etapas que são geralmente observadas para a “análise concorrencial clássica” da operação, que observam notadamente a participação de mercado das partes envolvidas, a saber:

- (i) Definição do mercado relevante;
- (ii) Análise do nível de concentração horizontal;
- (iii) Exame de probabilidade de exercício do poder de mercado;
- (iv) Avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação, quando se tratar de mercado de insumo;
- (v) Exame e ponderação das eficiências econômicas geradas pelo Ato de Concentração.

Os Atos de Concentração que importam em Conglomerados também podem gerar ineficiência quando levantam barreiras à entrada de novos agentes naquele setor da economia, notadamente decorrentes do poder financeiro do conglomerado empresarial.

Já os Atos de Concentração que importam em Concentrações Verticais, que levam em conta fatores ligados ao mercado de distribuição, ao fornecimento de determinado produto/serviço, consideram o formato da análise que é feita para as Concentrações Horizontais, uma vez que a concorrência nesse mercado possui tanto dimensão horizontal quanto dimensão vertical.

3.4. Aprovação condicional: o Acordo em Controle de Concentrações

A Lei de Defesa da Concorrência busca garantir que as concentrações submetidas à apreciação do Cade impeçam operações restritivas da concorrência ou que impliquem em domínio de mercado relevante. No entanto, para sanar eventuais problemas identificados e remediar uma situação estrutural que poderia inviabilizar a aprovação da operação, o ato poderá ser aprovado sob determinadas condições pelas quais as requerentes assumem obrigações de cumprir certas restrições estruturais e/ou comportamentais impostas à operação.

Dentre as possíveis restrições com potencial de eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica estão, dentre outros: (i) venda de ativos; (ii) cisão de sociedade; (iii) alienação de controle societário; (iv) separação contábil ou jurídica de atividades; e/ou (v) licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual.

A aceitação pelas requerentes das condições para aprovação do ato pelo Cade pode se revelar instrumento bastante eficaz desde que adequadas e suficientes para mitigar as preocupações concorrenciais, pois evita a pura e simples reprovação total das operações de concentração. Ademais, por ser a aprovação condicionada negociada entre as requerentes e a autoridade, cria um elemento a mais para o controle do comportamento dos agentes econômicos sem implicar em excessos na intervenção da autoridade concorrencial no âmbito privado.

Assim sendo, o Acordo em Controle de Concentrações previsto na Lei de Defesa da Concorrência e regulamentos deve ser visto não como um substituto de desaprovação da concentração, mas sim como uma alternativa ao agente econômico obter sua aprovação de uma maneira que as sinergias relevantes da operação sejam mantidas em um ambiente concorrencialmente saudável.

4. PRINCIPAIS CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

A caracterização de uma conduta como contrária à livre concorrência se dá a partir da análise dos resultados, reais ou potenciais, dessa conduta sobre a concorrência e o mercado. Essa análise pode ser feita seguindo dois princípios distintos e que são excludentes entre si: a regra per se e a regra da razão.

Pela regra per se, determinadas condutas são inerentemente contrárias à livre concorrência, eis que não é possível vislumbrar nelas qualquer vantagem para a economia e para o mercado. Por outro lado, para a regra da razão a análise dos fatos e do direito é sempre necessária, admitindo-se hipóteses em que a conduta seja favorável ou até mesmo neutra à concorrência, por meio do balanceamento entre os efeitos positivos e negativos que a conduta gera ao mercado e aos consumidores. Há dúvidas no Brasil sobre a aplicação da regra per se aos processos concorrenciais, embora o Cade já tenha reiteradamente decidido pela sua aplicação em matéria de cartéis.

A conduta contrária à livre concorrência pressupõe posição dominante, a qual é verificada quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial do mercado relevante, sendo ela fornecedora, intermediária, adquirente ou financiadora de um produto, serviço ou tecnologia. A posição dominante é legalmente presumida nos casos em que o agente detém 20% ou mais de um determinado mercado relevante.

O mercado relevante é definido em suas vertentes material, geográfica ou temporal.

O mercado relevante material reúne todos os produtos ou serviços que competem entre si (em alguns casos isso pode não ser tão claro, como por exemplo, o mercado relevante seria formado por todas as bebidas não alcóolicas, refrigerantes ou apenas refrigerantes sabor cola?).

O mercado relevante geográfico é definido pela distância que os adquirentes estão dispostos a percorrer para chegar ao produto ou fornecedor que desejam, ou então a distância que o fornecedor está disposto a percorrer/cobrir para chegar ao adquirente (portanto, ele varia de produto para produto, sendo que o mercado relevante do pãozinho é de um

quarteirão, enquanto que em relação a alguns produtos químicos ele é global). É importante lembrar que a internet tem produzido grandes alterações nas definições de mercado relevante geográfico, relativizando distâncias e barreiras físicas.

Por fim, a vertente temporal do mercado relevante implica na análise de um momento determinado, demonstrando as constantes mutações a que os mercados estão sujeitos. Entretanto, o Cade também tem a tendência de definir o mercado relevante considerando apenas os participantes da conduta em vez de incluir todos os participantes do mercado em que se dá a infração.

As condutas contrárias à livre concorrência podem ser definidas como condutas verticais ou condutas horizontais, nada impedindo que sejam concomitantes.

4.1 Condutas Horizontais

As condutas horizontais são aquelas que ocorrem entre empresas que se encontram no mesmo patamar da cadeia produtiva. Os casos mais emblemáticos são os de preços predatórios, *sham litigation* e cartéis.

Preços predatórios são práticas deliberadas de redução de preços abaixo do custo variável médio, com o objetivo de eliminar a presença de concorrentes para que, em um momento posterior, seja possível elevar os preços até níveis monopolísticos. Para que a conduta seja caracterizada, a possibilidade de recuperação do prejuízo à longo prazo deve ser comprovada, assim como é necessário analisar a estrutura do mercado resultante da eliminação de competidores. Práticas sazonais, como promoções de curta duração, não são consideradas como condutas anticompetitivas.

Sham litigation é o uso de meios judiciais ou administrativos sabidamente ilegítimos para, em aparente defesa de direitos legítimos, eliminar concorrentes e dominar mercados, ou simplesmente dificultar a sua atuação. Nesses casos, empresas costumam entrar com um número irrazoável de ações contra seus concorrentes, abusando de seu direito constitucional de petição, e implicando em prejuízos financeiros, estruturais e de reputação.

Cartel é um acordo entre concorrentes para a fixação de preços, esta-

belecimento de cotas, limitação de produção, divisão (ou alocação) de clientes (ou mercado de atuação) ou fraudar licitações (concorrentes escolhem quem será o vencedor, garantindo um preço mais elevado do que se houvesse concorrência). Esses contatos podem ocorrer de maneira direta (entre os concorrentes) ou indireta, como em casos nos quais os concorrentes se comunicam por meio de distribuidores ou consumidores em comum. Finalmente, não é necessário que seja comprovado o dano à concorrência para que a conduta seja caracterizada, uma vez que ela será punida pela mera eventualidade de seus danos.

O objetivo do cartel é o de eliminar a concorrência entre as empresas, garantindo um aumento dos preços no mercado e, conseqüentemente, lesando os consumidores. O cartel é um ilícito administrativo punível pelo Cade e também um crime previsto pela Lei nº 8.137/1990, cuja pena é de até 5 anos de prisão e pagamento de multa.

Empresas ou pessoas que tenham participado de um cartel e que queiram reportá-lo às autoridades podem se valer de Acordos de Leniência. A prática será denunciada e o leniente obterá, mediante confissão de culpa e plena colaboração com o Cade, perdão ou redução sensível da sanção administrativa que lhes seria aplicada. É possível que o acordo seja firmado também com o Ministério Público Federal, estendendo a imunidade ao âmbito penal.

Caso uma empresa ou pessoa física seja investigada pelo Cade e ainda queira firmar um acordo com a Autoridade, ela pode firmar um Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Com o TCC, a investigação em relação à empresa/pessoa física será suspensa, desde que ela assuma os fatos a ela relacionados, se comprometa a colaborar com a investigação, se comprometa a cessar a prática anticompetitiva e pague uma contribuição pecuniária. As empresas interessadas poderão entrar em uma fila e o valor do desconto concedido à cada empresa seguirá essa ordem.



FIQUE ATENTO

- Ao manter relacionamentos com concorrentes, inclusive no âmbito de entidades de classe, nunca trate de informações empresariais sensíveis, ou que digam sobre a estratégia da empresa, e evite ouvir o mesmo de seus concorrentes;
- Nunca discuta com concorrentes sobre preços, custos, quantidades produzidas, capacidade ociosa, estratégia empresarial, cotas de produção, discriminação de clientes, alocação de adquirentes ou mercadorias, limites de investimentos e/ou relacionamentos com fornecedores. Ou seja, nada que possa levar à um comportamento empresarial uniforme ou que possa permitir a qualquer concorrente uma posição de vantagem;
- Em entidades de classe, discuta apenas políticas macroeconômicas nacional e setoriais, ou outros temas que afetem indistintamente todos os concorrentes (como direitos tributários ou trabalhistas);
- Lembre-se que a concorrência tem como objetivo o bem-estar social e econômico da sociedade como um todo.

4.2 Condutas Verticais

Condutas verticais ocorrem entre agentes econômicos que desenvolvem atividades em mercados relevantes diversos, mas complementares. Os agentes estão em diferentes etapas da cadeia produtiva, como, por exemplo, extração da matéria-prima, produção da mercadoria, distribuição e venda ao consumidor final. Portanto, elas podem produzir efeitos em diferentes mercados relevantes. As condutas verticais serão analisadas seguindo a regra da razão e, portanto, para que sejam consideradas como anticompetitivas, elas devem produzir efeitos negativos no mercado e na concorrência, ou no mínimo ser neutra.

Os casos mais emblemáticos de condutas verticais são fixação de preço de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, acordos de reciprocidade, recusa de venda, discriminação de preços ou de condições de venda e venda casada.

Fixação de preços de revenda é o controle, pelo fabricante, do preço praticado pelo distribuidor. Há o estabelecimento de preço (mínimo, máximo ou fixo) a ser adotado na venda final do produto. Para que seja considerado fixação, deve haver uma penalidade pelo descumprimento, uma vez que a mera sugestão de preço não é uma prática anticompetitiva.

Restrições territoriais e de base de clientes ocorrem quando o produtor estabelece limites à área de atuação de seus distribuidores/revendedores, ou, ainda, quanto a determinadas características dos clientes, restringindo a competição e a entrada de outros concorrentes nessas áreas.

Acordos de exclusividade são transações comerciais realizadas entre empresas da mesma cadeia produtiva, no qual uma parte (ou ambas) obriga-se a não contratar com terceiros o mesmo objeto que mantém com a outra, excluindo o acesso à competidores.

Acordos de reciprocidade são acordos pelos quais uma empresa vincula a venda de um produto ou serviço à aquisição de um produto ou serviço da outra parte.

Recusa de venda caracteriza-se pela recusa injustificável do fornecimento de produto ou serviço a um certo comprador, excluindo-o do mercado.

Discriminação de preços e de condições de venda ocorre quando o fornecedor de um produto ou serviço oferece o mesmo em condições diferentes para consumidores com demandas de quantidades e qualidades idênticas. Esta prática pode ocorrer na forma de descontos ou concessão de prazo para pagamento.

Venda casada é a prática que condiciona a venda de um produto ou serviço à aquisição de um outro, quando o agente tiver poder de mercado sobre o produto negociado e se o comprador não tiver a opção de comprá-lo separadamente.



FIQUE ATENTO

As condutas verticais só serão condenáveis na medida em que, ainda que potencialmente:

- Limitem, falseiem, ou prejudiquem de qualquer modo a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- Impliquem na dominação de mercado relevante de bens ou serviços;
- Aumentem arbitrariamente os lucros; e/ou
- Exerçam de forma abusiva a posição dominante;
- Promoções de venda casada só serão condenáveis se durarem o suficiente para eliminarem concorrentes ou prejudicarem o mercado. Promoções sazonais ou de tabloides não são anticompetitivas.

5. RELAÇÕES COM CONCORRENTES

O presente capítulo tem como objetivo apresentar as hipóteses de contatos e acordos entre concorrentes que são proibidas pela Lei de Defesa da Concorrência, a fim de que empresários e executivos estejam preparados para atuar nos moldes permitidos pela legislação e evitar, assim, impactos negativos na livre concorrência e problemas às empresas. Além disso, e dentro do mesmo tema, este capítulo tratará de políticas de preços e de como estabelecer preços sem infração à Lei de Defesa da Concorrência.

5.1. Contatos e Acordos Proibidos

No seu Art. 36, a Lei de Defesa da Concorrência define diversas práticas como ilícitas. Dessas, algumas são ou podem ser consequência de contatos ou acordos com concorrentes, razão pela qual é preciso identificar e evitar situações que possam caracterizar cartel e/ou troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Assim, passemos à análise dessas condutas:

5.1.1. Fixação de Preços ou de Condições de Venda em Acordo com Concorrente

Essa prática (uma das figuras típicas do conceito de cartel) é considerada ilegal pelo simples fato de ter sido praticada, independentemente de produzir ou não efeitos no mercado. Ela cria obstáculo à livre concorrência na medida em que os preços e o ambiente do mercado sofrem influência do acordo entre os concorrentes e, portanto, podem se alterar independentemente da disputa entre os competidores pela clientela. Estes acordos podem envolver situações para fixar, aumentar ou abaixar preços, ou estabelecer entendimentos que afetem preços de forma indireta – como descontos métodos de cálculo de preços, custos e condições de pagamentos. Tendo em vista que um dos objetivos da legislação concorrencial é a proteção da sociedade, representada pelos consumidores, é clara a razão da irregularidade.

Nessa mesma direção, é necessário mencionar que a Lei de Defesa da Concorrência também veda a combinação prévia de preços em licitações

e concorrências públicas, que seria a aplicação do princípio geral já mencionado ao ambiente público dos certames licitatórios.

Assim, ajustes, combinações, contratos ou mesmo “acordo de cavalheiros” sobre esse tema são totalmente vedados, razão pela qual a recomendação é nunca compartilhar com concorrentes informações próprias confidenciais, concorrencialmente sensíveis ou relacionadas às estratégias da empresa e, ainda, não discutir, negociar, fazer acordo com concorrentes sobre preços, sejam atuais ou futuros, ou, ainda, sobre condições de venda e política de preços. Qualquer busca de informações sobre preços ou condições de venda deve ser feita de forma independente e sem a participação do concorrente ou de pessoa que tenha recebido a informação indevidamente.

Exceção a essa regra e, portanto, única hipótese permitida, é a divulgação de lista de preços, elaborada de forma independente e que tenha sido anteriormente divulgada no mercado para os clientes, de acordo com os mecanismos habituais da empresa.

Portanto, a definição de preços ou de condições de venda deve ser feita unilateralmente, sem qualquer participação, influência, acordo ou informações de concorrentes. Ademais, como será visto na definição de política de preços adiante, é permitida a utilização de informações de fontes genuinamente públicas – ou seja, livre e acessível a todos – como imprensa, estatísticas reunidas da indústria, etc.

5.1.2. Divisão de Mercados ou de Clientes entre Concorrentes

Outra figura típica de cartel, a divisão de clientes ou de mercados entre concorrentes, seja em razão do território, espécie de clientes, faturamento etc., compromete de forma irremediável a livre concorrência, uma vez que reduz ou até suprime a quantidade de concorrentes que disputam o mercado. Assim como foi dito em relação à fixação de preços, no caso da divisão de mercados ou de clientes a tendência é de que se aumente ou, pelo menos, se mantenha preços que poderiam baixar.

Portanto, é necessário evitar acordos de abstenção de pressão comercial, ameaças ou sinalização de intenções. Exemplo é o caso de divisão geográfica, onde competidores dividem sua atuação de acordo com o local

– um atua somente numa região, deixando outra região livre de qualquer pressão para o outro e vice-versa.

A decisão de não atuar em determinado mercado, região ou para certos clientes, é aceitável, desde que tomada unilateralmente.

5.1.3. Acordo para Controlar a Pesquisa, o Desenvolvimento Tecnológico ou a Produção

Última das figuras típicas de cartel, tais espécies de acordo têm consequências no mercado consumidor em tempos diferentes. O acordo para reduzir a quantidade de produtos ou serviços ao mercado por meio de acordos entre concorrentes tem efeito em curto prazo, uma vez que a limitação da produção causa a redução ou ao menos o controle da oferta de determinado produto, o que muito provavelmente terá impacto nos preços desse produto, que deverão se manter ou aumentar, de acordo com o caso. Em ambas as hipóteses, a redução de preços ficará bastante comprometida ou, dependendo da situação, impossível.

Por outro lado, o acordo que vise a controlar a pesquisa ou o desenvolvimento tecnológico tem impacto no médio e longo prazos. Isso porque a pesquisa e o pleno desenvolvimento da tecnologia são absolutamente primordiais para que exista inovação, que, por seu turno, é crucial para que: (i) se aumente a produtividade, que, propiciando uma maior oferta de produtos, acarretará a redução dos seus preços, ou (ii) surjam produtos mais modernos, o que ocasionará a redução dos preços daqueles já existentes.

Por tais razões, acordos sobre esses temas são totalmente vedados, razão pela qual a recomendação é que não se transmita ou receba de concorrentes informações sobre capacidade e planejamento de produção ou em relação a estratégias de investimento em pesquisa e desenvolvimento. A troca de informações estratégicas ofende a Lei de Defesa da Concorrência, ainda que a intenção das partes tenha sido a melhor possível.

5.1.4. Troca de informações concorrencialmente sensíveis

Por fim, a transmissão ou o recebimento de informações concorrencialmente sensíveis ou relacionadas às estratégias da empresa – que in-

cluem, dentre outros, política de descontos, promoções, pagamento ou recebimento de *royalties* ou custos da empresa ou de um produto entre concorrentes – também são vedados pela legislação concorrencial e, portanto, são críticos e não devem ser efetuados.

A razão da vedação é que tais informações, por sua natureza estratégica e, principalmente, por influírem diretamente no preço e na margem de lucro do produto, podem ser decisivas para que um concorrente aumente seu poder de mercado sem justificativa ou consiga manipular preços ou mercados. Além disso, a posse de informações estratégicas como essas de um concorrente pode configurar a prática de concorrência desleal, uma vez que um concorrente detém mais informações sobre o outro, posicionando-se, portanto, de forma mais favorável.

As informações sobre concorrentes devem ser obtidas apenas de fontes legais e genuinamente públicas – ou seja, livre e acessível a todos – como imprensa, estatísticas reunidas da indústria, etc.



FIQUE ATENTO

Nunca compartilhe com concorrentes informações concorrencialmente sensíveis ou relacionadas às estratégias da empresa.

Ademais, o empresário ou o executivo de empresa não deve, em nenhuma hipótese, atender a convite ou permanecer em reuniões, inclusive telefonemas, que versem sobre esses temas e deve se afastar dessas discussões quando forem suscitadas por terceiros. Caso reuniões caminhem para estes temas, o empresário deve recusar-se a tratar do tema e, caso o interlocutor insista, sair do recinto e fazer constar a recusa e o registro de saída na ata de reunião (se houver). Deve-se proceder da mesma forma ainda que esteja presente na conversa apenas como ouvinte.

Ainda que não haja participação ativa de um dos empresários ou executivos presentes, a simples recepção de qualquer dessas informações e a presença em reuniões com essas finalidades são proibidas e, consequentemente, podem trazer sérios transtornos.

5.1.5. E quando o concorrente for também cliente ou fornecedor?

Há hipóteses em que o concorrente, ao mesmo tempo e em um mercado ou produto específico, ocupa também a posição de cliente ou fornecedor. Nesses casos, é permitido discutir e acordar sobre preços relativos aos produtos que serão comprados ou vendidos pelo concorrente, até porque, se assim não fosse, a negociação se inviabilizaria.

Porém, deve ficar claro que a possibilidade de se discutir esses assuntos deve se limitar ao estritamente necessário para a conclusão do negócio. Acordos e informações sobre outros produtos ou às transações da empresa ou do concorrente com terceiros continuam vedadas.

Outro ponto que merece esclarecimentos é o fato de que, na relação comercial em que o concorrente ocupa a posição de cliente ou de fornecedor, aplica-se a regra já tratada no presente manual em relação à vedação da fixação dos preços de revenda, por se tratar de uma relação vertical. Assim, fica mantida, nesses casos, a proibição de acordos ou discussões sobre os preços de revenda do produto a ser adquirido ou vendido ao concorrente.

5.2. Políticas de Preços e Políticas Comerciais

A fim de que não se enfrente acusações ou suspeitas de atos contrários à legislação concorrencial, os preços e as regras referentes às práticas comerciais devem ser estabelecidos de forma independente, sem a interferência de qualquer outro agente do mercado, em especial algum concorrente.

Para a construção dos preços e para a adoção das políticas comerciais, deve-se considerar os custos da empresa, sejam esses fixos ou variáveis, as condições do mercado no qual o produto será oferecido e a própria competitividade dos preços. Isso significa que podem ser levados em conta quaisquer fatores econômicos, financeiros e de mercado, desde que não sejam baseados em informações concorrencialmente sensíveis de concorrentes ou relacionadas às estratégias da empresa, nem sejam decorrentes de acordos com concorrentes a esse respeito.

6. RELAÇÕES COM CLIENTES E FORNECEDORES

6.1. Modo de Atuação

A atuação da empresa perante o mercado deve ser livre em qualquer situação. Assim, da mesma forma que não podem existir acordos entre os competidores em relação às condições comerciais, estratégias de preço, alocação de clientes ou outras condutas cooperativas, também não pode ocorrer o direcionamento das ações de clientes e fornecedores.

Os clientes devem agir livremente para negociar com os agentes de mercado e não podem ser forçados por alguma empresa a negociar somente com ela ou não negociar com outras.

Exemplo:

A empresa X condiciona a venda de seus produtos à empresa Y (cliente) somente se esta não adquirir tais produtos da empresa Z ou de qualquer outra empresa atuante no mercado.

Do mesmo modo, os fornecedores também não podem ser vinculados às vontades de uma determinada empresa.

Exemplo:

A empresa X condiciona a compra de seus produtos da empresa Y (fornecedor) somente se esta não vender tais produtos para a empresa Z ou para qualquer outra empresa atuante no mercado.

Para que o consumidor possa escolher o melhor produto e, dessa forma, privilegiar a eficiência da empresa que o oferece, o mercado deve garantir condições favoráveis ao desenvolvimento da concorrência. Apenas um mercado formado por diferentes empresas competindo entre si, ou seja, no qual exista livre concorrência, é capaz de possibilitar o exercício da liberdade de escolha do consumidor, que poderá obter o melhor produto.

Caso o mercado seja concentrado, o consumidor não terá como escolher entre diferentes fornecedores. Caso uma empresa interfira nas atividades da outra, poderá restringir o poder de escolha do consumidor. Assim, a liberdade de concorrência das empresas é complementar à liberdade de escolha do consumidor, desde que as empresas exerçam sua liberdade

de concorrer dentro dos limites suficientes para não restringir o exercício desse mesmo direito pelas demais empresas que atuam no mercado.

Claramente, os acordos de exclusividade são permitidos pela lei e, nesse caso, ambos os contratantes estarão agindo livremente, não mediante uma imposição (“ameaça”) de uma determinada empresa. Entretanto, os contratos de exclusividade também devem respeitar regras específicas sobre a sua abrangência espacial e temporal para que a concorrência não seja limitada ou prejudicada de qualquer forma.

Importante também ressaltar que as negociações devem ser feitas isoladamente com cada fornecedor ou consumidor, pois o encontro de dois ou mais deles poderá configurar prejuízo à concorrência.

Assim, pode-se concluir que:

- todos os casos em que uma empresa se sujeita à vontade de outra, tendo sua liberdade de atuação restringida, **são proibidos**; e
- acordos de exclusividade ou similares que sejam celebrados por livre vontade dos contratantes **são permitidos**, mas devem respeitar as regras concorrenciais. **Portanto, o departamento jurídico SEMPRE deve ser consultado.**

6.2. Novos Contratos de Distribuição ou Fornecimento

Conforme explicado no item anterior, os contratos de exclusividade e outras espécies similares podem ser celebrados entre empresas, mas devem respeitar algumas regras para não contrariar a legislação concorrencial.

Os contratos de distribuição e fornecimento podem estar inseridos na classe de contratos de exclusividade e, portanto, o departamento jurídico sempre deverá ser consultado antes da celebração de um novo acordo cujas cláusulas ou condições sejam diferentes daquelas previstas no modelo já aprovado pela empresa e utilizado anteriormente em outras situações.

Para que sejam admitidos, estes contratos não podem restringir de forma abusiva a distribuição ou o fornecimento do produto, de modo a promover o fechamento do mercado. Esse fenômeno ocorre nas hipó-

teses em que inexistem outras opções de fornecimento ou distribuição para os consumidores finais ou intermediários, ou quando surgem barreiras à entrada e ao funcionamento de novos distribuidores. Assim, é menos provável que seja autorizada a celebração de tais contratos em mercados nos quais exista um **único** fornecedor ou distribuidor de determinado produto.

6.3. Venda de Produtos

A fixação dos preços e condições de venda dos produtos deve ser realizada livremente pela empresa. Isso significa que, além de serem proibidos acordos com os demais concorrentes, não se pode seguir a orientação comercial deles. O paralelismo de preços pode servir de indício (isoladamente insuficiente) da existência de acordo entre concorrentes.

Exemplo:

A empresa X aumenta o preço de seu produto sempre que a empresa Y aumenta os seus preços. Alternativamente, a empresa X adota condições comerciais idênticas (tal como o prazo para pagamento) e as altera da mesma forma que a empresa Y.

Os preços praticados também devem ser fixados de acordo com os valores reais de produção e os clientes devem ser livres para adquirir apenas os produtos que desejarem.

6.4. Discriminação de preços e condições de venda

É vedada a discriminação de preços e condições de venda. Nesse sentido, não é proibida a fixação de políticas de descontos de preço ou condições de venda diferenciadas para casos específicos, como, por exemplo, para compras de grandes quantidades ou volumes. Todavia, tais benefícios devem ser concedidos de modo uniforme para todas as empresas atuantes no mercado que possam estar interessadas.

6.5. Recusa em negociar

É vedada a recusa de negociação ou de venda. Entretanto, inexistente imposição legal que obrigue a empresa a negociar com todos, sendo que ela pode recusar negócios que sejam contrários aos interesses comerciais legítimos. A empresa possui plenos poderes para negociar com quem desejar, desde que para isto ofereça as mesmas condições para todos os clientes ou fornecedores, sem discriminá-los de modo arbitrário. Dessa forma, é vedada a criação de restrições específicas e injustificadas a um determinado cliente com o objetivo de impedir a realização do negócio.

7. RELAÇÕES COM ASSOCIAÇÕES, SINDICATOS, FEDERAÇÕES E CONFEDERAÇÕES DE EMPRESAS¹

O tema é de importância crucial na medida em que as relações entre as empresas, no âmbito de associações, sindicatos, federações e confederações (isto é, entidades de classe ou associações em geral), exigem cuidados especiais para que não sejam configuradas condutas antiéticas e infrações concorrenciais.

O direito de associação é garantia fundamental da sociedade brasileira, protegido pela Constituição Federal de 1988. Associações de modo geral possuem papel crucial no desenvolvimento da democracia, da livre iniciativa, da disputa por interesses legítimos entre os diferentes grupos e atores sociais. Do ponto de vista econômico, esses aspectos são reforçados pela capacidade que tais associações possuem de disseminar e transmitir informações de interesse geral ao mercado e, com isso, fomentar alocação eficiente de recursos e equilibrar a competição nos vários setores e cadeias produtivas. Sendo assim, o associativismo deve ser fomentado para que alcance mais segmentos da economia e regiões do país, espalhando capacitação e especialização, de maneira a melhor contrabalançar disparidades regionais e setoriais.

Contudo, a reunião de agentes econômicos exige especial responsabilidade e permanentes cuidados. O potencial pró-competitivo das associações em liberalizar mercados pode facilmente se converter em práticas deletérias à concorrência, com graves consequências para os envolvidos.

Ilícitos concorrenciais ocorrem, resumidamente, quando os sindicatos e as associações se tornam fóruns para que concorrentes mantenham acordos ou troquem informações concorrenciaismente sensíveis, por exemplo, sobre preços, clientes, áreas de atuação, forma de venda, planos de negócio e participação em licitações. Além disso, sindicatos e associações podem contribuir com mecanismos de auditoria e monitoramento do cumprimento de acordos desse tipo. Tais práticas infringem a Lei de Defesa da Concorrência e prejudicam gravemente o consumidor.

¹ Esta seção é parcialmente baseada na publicação “Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações”, publicada em 2009 pela hoje extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Dessa maneira, a melhor precaução é a proteção do ambiente associativo de uma série de atividades de alto risco concorrencial. Essa é a forma mais eficiente para que a associação e seus membros evitem o risco não trivial de violarem as leis antitruste.

7.1. Práticas associativas que podem configurar infrações à ordem econômica

O fato de a própria natureza associativa pressupor interação constante entre concorrentes, fornecedores e consumidores demanda atenção, pois, como dito, pode suscitar práticas e atos que violem, mesmo de modo involuntário, a lei antitruste.

Discussões relativas a preocupações comuns de natureza ambiental, tendências econômicas, políticas públicas associadas ao setor e questões trabalhistas são exemplos de temas que normalmente não representam infrações contra a ordem econômica.

Mas quanto mais concentrado for um setor, maior o risco de o compartilhamento, a coleta e a disseminação de informação serem considerados uma violação à concorrência.

7.1.1. Coleta de dados

Quando um sindicato ou associação entende ser necessário fazer uma coleta de dados, é importante atentar para os seguintes pontos:

- (a) coletar apenas dados “históricos”. A coleta de informações históricas sobre preços é menos sujeita a levantar preocupações concorrenciais do que dados de preços atuais e futuros. Geralmente, dados com mais de um ano de idade são considerados históricos, podendo haver exceção, a depender da dinâmica de cada mercado;
- (b) disseminar a informação apenas de forma agregada. Quanto mais agregada é a informação, menor o risco de efeitos anticoncorrenciais. As informações não devem permitir a identificação de dados de empresas individuais²;

² Sobre o conceito de “informação concorrencialmente sensível”, ver o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica do Cade (Seção 1).

- (c) adotar mecanismo confidencial de coleta das informações sensíveis sob responsabilidade de auditoria externa e independente (black box). A identificação das empresas participantes e de seus dados deve ser mantida sob absoluto sigilo pela empresa de auditoria, que deverá obrigar-se a observar a confidencialidade por meio de um contrato;
- (d) não coagir associados a fornecer informações comercialmente sensíveis ao sindicato e à associação;
- (e) disponibilizar as estatísticas oriundas da coleta de dados ao público (a um valor monetário razoável, se aplicável), ou seja, a membros e a não-membros do sindicato ou da associação, quando oportuno.

7.1.2. Reuniões

Reuniões entre concorrentes em sedes de sindicatos e associações podem gerar preocupações concorrenciais. Tais encontros não devem tornar-se fórum para a discussão de temas comercialmente sensíveis, como, por exemplo, preços, política de descontos, custos, clientes, alocação de mercado, participações em licitações, dados de produção, entre outros.

Nesse sentido, é recomendável que os sindicatos e as associações tenham agendas públicas de reuniões, com temas claros e previamente definidos. Além disso, devem ser elaboradas atas de tais reuniões que abordem a totalidade da discussão. Recomenda-se, ainda, que os sindicatos arquivem tais documentos com o intuito de demonstrar a licitude das discussões.

Caso uma empresa esteja participando de uma reunião em um sindicato/associação e para sua surpresa os demais participantes comecem a tratar de temas concorrenciais sensíveis, o representante dessa deve se retirar da reunião, fazendo constar em ata o motivo de sua saída.

Ressalte-se que encontros e discussões entre concorrentes que ocorrem fora da sede do sindicato e da associação (como almoços e eventos sociais) levantam as mesmas preocupações concorrenciais, devendo as empresas tomarem extrema cautela para não se envolverem em práticas ilícitas.

7.1.3. Fixação de preços

A fixação de quaisquer preços deve ser peremptoriamente excluída do âmbito associativo. A mera troca de informações entre concorrentes a respeito de valores de revenda, preços de insumo ou de bens ao consumidor final são de altíssimo risco anticoncorrencial e tendem a configurar casos de cartel.

Dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência. Cartel é um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou volume de produção e divisão de clientes e de mercados de atuação. Os cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e os serviços mais caros ou indisponíveis. O cartel traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo. Além de infração administrativa, a prática de cartel também configura crime pelos indivíduos envolvidos.

7.1.4. Fixação de produção/capacidade de produção

No mesmo sentido da fixação de preços, encontra-se a fixação ou troca de informações a respeito de capacidade produtiva, produção efetiva ou expectativas de investimento produtivo. Também essas práticas podem com facilidade configurar a prática de cartel. As informações a respeito da produção são essenciais para a estratégia de cada firma; em conjunto, ditam a dinâmica de preços e qualidade no mercado. É difícil justificar porque essa dinâmica deve ser mitigada entre os agentes econômicos. Mais difícil ainda se os agentes econômicos possuem alta participação conjunta de mercado (isto é, participações de mercado combinadas elevadas).

7.1.5. Divisão de mercado/clientela

A dinâmica entre preços, oferta de produtos e qualidade está estritamente ligada à capacidade de cada firma de expandir seus negócios. É da essência da dinâmica capitalista que os agentes com melhor percepção

dos níveis de oferta, preços, demanda por qualidade e quantidade possam lograr mais êxito. A restrição dessa dinâmica de mercado por meio da divisão artificial de mercados, territórios e clientes dificilmente será pró-competitiva e, mais uma vez, tenderá a ser tipificada como a prática de cartel. Sem dúvida, qualquer discussão que envolva esse tópico não deve ser aceita nem adotada por nenhuma entidade associativa.

7.1.6. Boicotes e Recusa de contratos

Qualquer atitude estimulada ou desempenhada por uma associação, dado o poder de mercado conjunto de seus membros, pode facilmente dificultar e até impedir o desenvolvimento de concorrentes, fornecedores e revendedores. Portanto, qualquer interlocução ou diretriz adotada no âmbito associativo exige permanente cuidado e responsabilidade. Quando a associação, de qualquer maneira, permite ou estimula críticas pejorativas ou detriminentais a uma empresa, indicando ou induzindo a recusa de contratar, o risco de violação antitruste é iminente. Dificilmente, também neste caso, tais atitudes encontrariam justificativa pró-competitiva em cenário associativo e, por isso, devem ser rechaçadas. Ainda mais grave é diretriz clara em não contratar com certa empresa, concorrente ou fornecedora – atitude com grande viés anti-concorrencial.

7.2. Outros cuidados a serem adotados

Além dos temas tratados acima, normalmente de caráter indiscutivelmente anticoncorrencial, várias outras condutas ou trocas de informações ensejam alto risco concorrencial e, por isso, também devem ser banidas. A probabilidade de que tais informações ou discussões produzam resultados pró-competitivos é muito restrita.

Portanto, vale destacar algumas condutas e discussões que de nenhuma maneira devem ocorrer sob a tutela de uma associação: discussão sobre preços presentes ou futuros; informações ou discussões a respeito de quaisquer tipos de descontos, prêmios ou garantias a consumidores, revendedores ou fornecedores, condições de crédito, convites, condições e participações em leilões/licitações ou compras públicas, quaisquer termos ou condições de venda no mercado.

7.2.1. Informações de cada empresa

Algumas informações privativas dos associados não devem ser discutidas ou compartilhadas em âmbito associativo, em especial referentes a natureza, extensão ou custo de qualquer serviço oferecido: incluindo taxas mínimas, horas trabalhadas, taxas reembolsáveis, custos individuais de cada firma, estoque, capacidade produtiva, lucro ou margem de lucro, estudos e participação de mercado, plano de negócio e estratégias comerciais.

7.2.2. Critérios para admissão de associados

A maioria das empresas que opta por se associar a um sindicato ou associação faz isso em vista dos benefícios oferecidos pela entidade. A adesão ao sindicato/associação deve ser voluntária e com base em critérios transparentes, objetivos e não discriminatórios. Em alguns casos, os critérios para adesão, exclusão e expulsão de membros podem gerar preocupações concorrenciais se tais fatos interferirem negativamente na habilidade de uma determinada empresa de competir no mercado.

Todo e qualquer critério para a admissão de associados deve ser expresso em termos claros e objetivos no estatuto da associação. Tais critérios devem ser, como dito acima, razoáveis, não discriminatórios e não arbitrários. Recomenda-se a adoção de critérios substancialmente relacionados à atividade objeto da associação. Ainda que aqueles serviços e benefícios proporcionados por uma associação gerem substanciais vantagens competitivas aos seus associados, esta associação dificilmente violará a legislação concorrencial ao adotar critérios transparentes e pró-competitivos para a admissão de novos associados.

7.2.3. Critérios para exclusão de associados

Uma associação só pode excluir um de seus associados com base em critérios que sejam, também, legítimos para negar sua entrada na associação. Exclusões arbitrárias ou com base em critérios diferentes daqueles aplicados para negar ou conceder a admissão de associados são mais propensas a gerarem efeitos anticoncorrenciais. A previsão de procedimentos para a contestação da exclusão ou da recusa de admissão é ou-

tro fator que sinaliza a imparcialidade e ausência de intenções anticoncorrenciais de uma associação.

7.2.4. Tratamento dispensado a não-membros

Sindicatos e associações não podem servir para provocar conduta comercial uniforme contra empresas não filiadas ou associadas ou contra entrantes no mercado. Além disso, toda vez que a associação ou sindicato fornecer serviço considerado essencial para que os agentes econômicos compitam em condições iguais no mercado, eles devem garantir acesso aos não-membros a esses serviços em condições razoáveis.

As mesmas recomendações aplicáveis aos critérios para admissão e exclusão de associados se aplicam aos critérios de acesso aos benefícios da associação a não-associados. De forma geral, quando determinados benefícios oferecidos aos membros de uma associação são essenciais para se competir efetivamente ou oferecem vantagens competitivas substanciais, é provável que se requeira que esta associação estenda o acesso a estes benefícios a não-associados. Ao oferecer acesso a seus benefícios a não-associados, nada impede que as associações cobrem uma taxa maior do que aquela cobrada dos associados, desde que o valor excedente seja razoável e baseado no aumento real de custos.

7.2.5. Compilação e distribuição de dados econômicos

Uma das principais funções de uma associação é o fornecimento de informações econômicas ligadas à sua atividade. Estas informações podem incluir dados e estatísticas sobre a conjuntura econômica e a indústria, especialmente dados gerais e agregados a respeito das vendas, preços históricos, custos de produção, transporte e estoque além de níveis de produção. O ganho de eficiência na coleta e distribuição destes dados por meio da associação sem dúvida é pró-competitivo, estabilizando o comércio e a indústria, preços melhores e evitando desperdício de recursos. Nem toda compilação e distribuição de dados, entretanto, é lícita no âmbito de uma associação, podendo servir de base ou pretexto para acordos ilegais de fixação de preços ou termos de venda. Sobre os cuidados que devem ser tomados pelas associações na coleta e distribuição de dados, v. Item 7.1.1. acima.

7.2.6. Compra conjunta por meio da associação

Alguns sindicatos e associações estabelecem um sistema comum para aquisição de produtos e serviços para seus membros. Esse sistema pode permitir que os compradores tenham acesso a maiores volumes e variedade do produto e consigam preços mais baixos, podendo incentivar a concorrência entre os fornecedores.

Contudo, o sistema pode, ao contrário, configurar uma infração à ordem econômica no caso de os membros do sindicato ou associação deterem poder de mercado e usá-lo em detrimento dos fornecedores sem que sejam criadas eficiências no mercado ou de outros concorrentes não membros do sindicato. Assim, eventual sistema comum para aquisição de produtos e serviços deve ser adotado com cautela à luz das condições existentes em cada setor da economia.

Cria-se um risco antitruste, entretanto, nos casos em que o poder conjunto dos associados permite à associação impor preços excessivamente baixos e que impedem a rentabilidade dos fornecedores. Quanto menos opções tiverem os fornecedores para vender seus bens ou serviços, maior o risco de haver abuso de posição dominante pelos compradores; assim, a associação deve evitar a prática de compra conjunta quando seus associados constituírem a única ou principal parcela de consumidores de um dado produtor. Outros pontos delicados, que pelo potencial anticoncorrencial merecem devido cuidado, são os critérios de participação na compra e compartilhamento de informações.

7.2.7. P&D Coletivos

Projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D) coletivos, contando com a participação dos associados e intermédio da associação são, na maior parte das vezes, pró-competitivos. A combinação de recursos, tecnologias e *know-how* em projetos de P&D organizados pela associação permite aos associados desenvolver produtos, serviços e processos produtos inovadores de modo mais rápido e eficiente. Tanto os associados quanto a indústria e os consumidores se beneficiam com a introdução de processos produtivos inovadores, mais eficientes, e novos tipos de produtos e serviços. Cuidados devem ser tomados, entretanto, seja porque tais

acordos podem eventualmente configurar atos de concentração comunicáveis às autoridades antitruste, seja porque certas práticas legítimas e eficientes no campo do P&D coletivo podem se desvirtuar (ou gerar em paralelo) em ações combinadas na forma de cartéis.

7.2.8. Certificação e Padronização

Algumas associações têm a finalidade específica de promover padrões de qualidade e segurança; elaborar estudos técnicos; certificar, sistematizar e normalizar padrões produtivos; entre outros. As autoridades brasileiras de defesa da concorrência reconhecem que as atividades de tais associações podem ter efeitos positivos ao mercado e ao consumidor, principalmente porque aumentam a transparência de informações, bem como podem incentivar avanços tecnológicos, aumentar a segurança do produto e reduzir as barreiras à entrada.

Contudo, as associações devem tomar as devidas precauções para que os meios utilizados não sejam injustificadamente restritivos à concorrência, ou seja, para que não ergam barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes no mercado, impeçam a inovação da indústria ou, de qualquer outra forma, inibam a concorrência.

A adoção de critérios de padronização e certificação deve ser imparcial, sem gerar propositalmente benefícios a determinadas empresas, em detrimento de outros concorrentes. Ainda, quaisquer discussões relativas à padronização e à certificação devem ser abertas e transparentes a todos os interessados.

7.2.9. Padronização e PI

É frequente a necessidade de envolver e utilizar tecnologias patenteadas na criação de padrões de produção ou sua incorporação em produtos e serviços certificados. O envolvimento e utilização de tecnologias patenteadas na criação de padrões e certificações, desde que de acordo com os direitos dos detentores das patentes, não é um ilícito concorrencial.

7.2.10. Publicidade

Um meio lícito de se promover a indústria cuja atividade é objeto da associação é a utilização de campanhas e peças publicitárias patrocinadas pela entidade de classe. Este tipo de prática traz vantagens ao aumentar o reconhecimento do público sobre os produtos ou serviços daquela indústria, como um todo. Em geral, os efeitos desta prática são pró-competitivos, uma vez que permitem uma alocação mais eficiente dos recursos de todos os associados e podem gerar competição entre indústrias. De modo a se evitar problemas concorrenciais, o custeio da publicidade deve ser dividido equitativamente entre os associados e promover aquela indústria, ou seja, o tipo de produto ou serviço oferecido, não apenas determinadas marcas ou determinados associados. Deve-se cuidar também para que a criação de promoções ou ofertas feitas em nome da associação também não sirva como disfarce para um acordo ilícito sobre preço, quantidade, divisão de mercado ou condições da venda.

7.2.11. Estatuto e Regras

O estatuto e demais regras de uma associação têm papel fundamental na diminuição dos riscos concorrenciais que podem vir a se materializar em uma associação. Por este motivo o estatuto deve conter, obrigatoriamente, a previsão de que todos os atos tomados pela associação devem ter estrita relação com seu objeto, bem como quais condutas são permitidas e quais não são. A inclusão de proibições expressas de atividades anticoncorrenciais contribui positivamente para a redução de riscos concorrenciais.

7.2.12. Comunicação e Correspondência

A comunicação e correspondência entre membros da associação demandam um elevadíssimo grau de atenção e cuidado, por constituírem o elemento principal de investigação da associação. Mesmo em casos de associações que atuam de maneira completamente lícita a comunicação e linguagem displicentes podem levantar suspeitas concorrenciais. A adoção de uma linguagem clara e sem ambiguidades evita interpretações dúbias e reduz a possibilidade de compreensões errôneas e desfavoráveis à associação e associados. Termos a serem evitados incluem

expressões como "acalmar a concorrência", palavras e expressões que indiquem incorretamente uma combinação ilícita ("acordo da indústria", "combinado entre os associados") e recomendações que geram suspeição como "destrua após a leitura" e "não repassar a mensagem". Evitar sugestões de que associados não estejam competindo de maneira plena ou que suas decisões sobre produto e preço estejam sendo ilicitamente influenciadas. É importante, ao citar problemas ou tendências da indústria, citar claramente a fonte de onde se obteve os dados, evitando assim a suspeita de que tais informações possam ter sido obtidas de maneira ilícita entre os associados. De preferência, correspondências de maior importância, como boletins, informes e relatórios endereçados a todos os associados, devem passar pela revisão de um corpo jurídico especializado.

7.2.13. Outras práticas

Algumas práticas, entretanto, além de características de uma associação efetiva e eficiente, devem ser estimuladas, dado seu claro resultado pró-competitivo. Obviamente, sem esquecer todas as advertências feitas ao longo desta cartilha.

Promoção da exportação

Há várias maneiras de utilizar o poder conjunto dos membros de associações de maneira pró-competitiva. Uma delas, com certeza, é a promoção conjunta para o desenvolvimento de um mercado externo para o setor. Sem dúvida, a promoção, por meio da associação, de *workshops* internacionais, participações em eventos e apresentação e introdução das mercadorias nacionais em outros países pode ser positiva. Induz a competitividade e desenvolvimento da indústria nacional e abre caminho para uma expansão da oferta e entrada de novos empreendedores. Essa promoção, todavia, deve ser feita para o setor como um todo.

Seguro

Mais uma vez, o poder conjunto dos membros de uma associação pode ser usado para obtenção de benefícios para o setor, no caso melhores

contratos de seguro: melhores preços, condições e inclusive estender o acesso securitário a membros de menor expressão, que sozinhos dificilmente seriam capazes de arcar com os custos de um seguro.

Consultoria jurídica

Papel importante das associações é auxiliar seus membros no correto cumprimento da legislação. Especificamente a respeito do direito da concorrência, esse papel tem destaque aumentado, dada a ainda incipiente disseminação de preocupações concorrenciais entre as empresas, normalmente mais atentas às restrições societárias, trabalhistas e tributárias. A lei antitruste também deve ser considerada com cuidado, e é importante função das associações disseminar a cultura antitruste dentre seus membros, demonstrando sua importância social, econômica e, claro, os danos que seu desrespeito podem representar. O contato constante com advogados especializados é uma boa saída para a resolução de problemas com a lei da concorrência, tanto para a associação, quanto para seus membros.

Ouvidoria

Como em qualquer instituição, principalmente entidades democráticas como associações, uma ouvidoria atuante e independente é essencial. A ouvidoria deve estar aberta a sugestões, críticas e denúncias de abusos, falhas ou ilegalidades. O contato deve ser aberto não apenas aos membros, mas para qualquer empresa interessada em dialogar com o setor e os membros da entidade.

Incentivo à formação acadêmica específica, centros de ensino e bolsas de estudo

Outra atividade que pode ser desenvolvida por associações e com certeza deve ser estimulada, não apenas sob o ponto de vista concorrencial, é o fomento à capacitação técnica, científica e profissional. Ausência de mão-de-obra qualificada, pesquisa de qualidade e preocupação acadêmica quanto ao desenvolvimento específico dos vários setores econômicos dentro do país é preocupante. O poder conjunto

dos membros, através da Associação, pode mitigar de maneira considerável essas restrições, seja através do patrocínio ou coordenação de cursos voltados ao seu mercado relevante, parcerias com universidades ou programas de bolsas de estudo e capacitação. O setor privado com certeza deve atuar na composição de áreas sensíveis ao desenvolvimento econômico que ainda carecem de efetiva atuação estatal, como a educação de qualidade.

Publicações (manuais, guias, instruções, etc.)

O conhecimento detido pelas associações, por meio das experiências setoriais e individuais de seus membros, representa o instrumento pelo qual grande parte da função social das associações pode ser atingida. Compartilhar esse conhecimento com as demais empresas do setor e com a sociedade em geral possibilita a disseminação do *know-how* capaz de melhorar as relações econômicas e sociais entre os agentes, melhorar a alocação de recursos e expectativas e possibilitar conhecimento suficiente para que o nível de qualidade e exigência do mercado evolua.

Nesse sentido, a publicação eletrônica ou impressa deve ser estimulada: sejam manuais de responsabilidade empresarial, cumprimento de legislação – como a concorrencial – ou promoção cultural. As associações possuem importante função social de transbordar os avanços alcançados através do poder associativo para o restante da sociedade. Esse transbordamento deve ser estimulado, e demonstra o comprometimento de uma associação com a legalidade.

7.3. Elementos de um programa de *compliance* efetivo

É imprescindível que também as associações estejam preparadas para observar regras de *compliance* que, de resto, valem para seus membros individualmente considerados. Importante destacar, de qualquer modo, que a mera existência de um programa de *compliance* não exige nenhuma associação de responsabilidade em caso de violação à lei antitruste. A efetiva aplicação de um programa de *compliance*, todavia, pode e deve influenciar positivamente a análise de culpabilidade da associação e seus membros em casos de investigação.

O objetivo de um programa de *compliance* é prevenir e detectar violações. Para isso, é necessário mais que disposições educativas: o programa deve incluir medidas efetivas de prevenção e detecção de violações como fixação de preços e outras ofensas. É essencial que a associação construa uma cultura de respeito à legislação e realize, regularmente, auditorias internas quanto à correta aplicação da lei.

Algumas medidas podem ser destacadas quanto à efetividade de um programa de *compliance* desde a ótica associativa: (i) comprometimento dos funcionários de alto escalão (declaração forte e direta de comprometimento com a lei, indicando aqueles que, dentro da associação, são responsáveis pelo controle e cumprimento do programa de *compliance*); (ii) exclusão de indivíduos envolvidos previamente em atividades anticoncorrenciais das posições de comando da associação; (iii) compromisso permanente com a eficiente comunicação dos padrões de cumprimento da legislação a todos os membros; (iv) relatórios periódicos, enviados por cada membro à associação acerca da preocupação e disseminação da lei antitruste; (v) criação de incentivos e medidas disciplinares para desencorajar e punir práticas anticoncorrenciais – assim como responder apropriadamente em casos comprovados de ilícito; (vi) revisão periódica de seu *compliance*, visando atualização à realidade de seu mercado e de seus membros.

Vale lembrar que desde janeiro de 2016 o Cade tem um Guia de Orientações de *Compliance* (ver, abaixo, mais detalhes sobre o assunto). Confira-se, em especial, o item 3.2.2.3 desse guia, lembrando que o tema também é referido pela legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Documentação relativa à associação e seus associados

A lei exige que certos documentos, como atas de reuniões, devem ser produzidos e arquivados de forma organizada e perene pela associação. Esses documentos obrigatórios devem ser o escopo exato das informações retidas pela organização. As autoridades antitruste brasileiras, em caso de investigação, podem ter acesso a qualquer arquivo em posse da associação: documentos estranhos ao fim associativo podem prejudicar as análises e podem fornecer indícios negativos quanto à boa-fé associativa perante o juízo responsável.

Colaboração com as autoridades

Importante destacar a relevância da cooperação das associações com o Cade. Essa cooperação reside no permanente diálogo entre as associações de classe e a autoridade antitruste: presença em fóruns de discussão, abertura para troca espontânea de informações que comprovem o contínuo cumprimento da legislação. Nada disso pode ser confundido, entretanto, com possíveis abusos das autoridades concorrenciais. Quaisquer informações internas à associação ou a seus membros somente serão colocadas ao alcance dos órgãos antitruste: (i) por meio de decisão voluntária da associação ou membro, ou (ii) por ordem judicial que confira tais poderes à investigação em curso. O direito à livre iniciativa e ao sigilo dos negócios e documentos deve evidentemente ser respeitado.

Códigos de ética

Códigos de ética são conjuntos de regras voluntárias que influenciam a forma como os concorrentes atuam no mercado. Tais códigos também têm a função de indicar ao consumidor que os membros de um sindicato ou associação têm padrões mínimos de qualidade ao prover um produto ou serviço.

Os códigos de ética são, em sua maioria, benéficos ao mercado e ao consumidor, estando em linha com o interesse público. Entretanto, se contiverem regras relativas a: (i) preços, política de descontos, clientes, margem, (ii) participação em licitações públicas, (iii) limitação de tipos de produtos e serviços, (iv) previsões de empresas que podem ou não participar do mercado e (v) restrições de propaganda e marketing, podem configurar ilícitos concorrenciais, estando sujeitos ao rigor da lei.

É recomendável que os códigos de ética dos sindicatos e das associações contenham previsões expressas sobre a importância e o modo de cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência.

8. RELAÇÕES COM SUBSIDIÁRIAS, CONTROLADAS E COLIGADAS

É muito comum que as empresas mantenham relações comerciais com subsidiárias, controladas e coligadas ao longo da cadeia vertical de produção. Basta pensar, por exemplo, na relação entre fornecedor de matérias primas, serviços ou componentes, de um lado, e os fabricantes dos produtos que os empregam, de outro.

Como regra, estas relações comerciais devem ser realizadas em bases isonômicas, *i.e.*, não discriminatórias a eventuais outros concorrentes no mercado: preços, descontos, prazos e condições de negócio, enfim, quaisquer outras vantagens a tais empresas, não poderão discriminar ou prejudicar indevidamente outras empresas concorrentes que se encontrem em igualdade de condições comerciais.

Evidentemente, há casos com razoáveis justificativas econômicas para tratamento diferenciado. Se um comprador, por exemplo, adquire cem mil unidades do produto e seu concorrente apenas algumas centenas, é razoável se esperar que existirão preços e descontos diversos. Deve-se observar, aqui, a mesma regra geral das relações comerciais com clientes e fornecedores.

De acordo com a Lei nº 12.529/2011, serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de um mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, incluindo-se, portanto, as subsidiárias, controladas e coligadas, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

9. O QUE FAZER EM CASO DE BUSCA E APREENSÃO

No âmbito das investigações conduzidas pelo Cade, o Superintendente Geral do Cade, com o intuito de obter provas da prática do ilícito anti-concorrencial, poderá requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Geral do Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física.

Uma vez expedido o mandado judicial de busca e apreensão, a equipe do Cade, em conjunto com as autoridades policiais com quem usualmente mantém parceria para a realização desses procedimentos e/ou outras pessoas que sejam necessárias (oficiais de justiça, técnicos em informática, dentre outros), executarão a ordem de busca e apreensão, procedimento esse que deve respeitar os limites nela contidos, assim como os requisitos legais aplicáveis.

Está disposto no inciso XI, do Art. 5º, da Constituição Federal do Brasil que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Ou seja, como regra, a autoridade não pode simplesmente adentrar a casa de alguém a fim de apreender provas, a menos que possua um mandado judicial, expedido por um juiz competente a fazê-lo.

Observa-se que o conceito de casa é bastante abrangente e amplo, entendendo-se, inclusive, por todo lugar não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (Art. 150, §5º, I e II, do Código Penal).

Além disso, reza o inciso X, do Art. 5º, da Constituição Federal do Brasil, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Essa tutela constitucional, e também penal, do domicílio, visa não só a proteção dos espaços físicos que o indivíduo ocupa, mas do seu direito à privacidade e à intimidade, assegurando-lhe uma vivência minimamente segura e livre. Em consideração a isso, no momento da efetivação da medida de busca e apreensão devem ser respeitadas pelas autoridades as garantias fundamentais constitucionais

de cada um, caso contrário a medida realizada poderá ilegitimar a prova que se pretende produzir.

Como não é possível prever quando a empresa será alvo de busca e apreensão, é importante que esteja preparada a agir nessas circunstâncias. Dessa forma, seguem algumas recomendações a serem observadas pela empresa objeto da diligência:

- verificar o conteúdo do mandado, o qual deverá conter informações detalhadas sobre a empresa alvo da busca e apreensão, o motivo e os fins da diligência;
- exigir a presença de advogado (interno e/ou externo) e (se não se tratar da mesma pessoa) do “supervisor de *compliance*” durante os procedimentos;
- permitir o acesso das autoridades dentro dos limites do mandado;
- exigir que permaneçam cópias de todos os documentos apreendidos;
- fornecer os meios de trabalho (sala, telefone, copiadoras, papel etc.) para as autoridades;
- comunicar os fatos às pessoas que trabalham nas áreas afetadas, pedindo-lhes serenidade e sigilo;
- orientar a todos que não conversem com as autoridades sobre nenhum ato ou atividade da empresa (já que informações deturpadas e imprecisas podem ser obtidas pelas autoridades no momento em que as pessoas estão despreparadas e sob influência da emoção), deixando esta tarefa unicamente para o advogado e/ou “supervisor de *compliance*”;
- se a busca e apreensão estiver acompanhada de imprensa, não autorizar o acesso desta às instalações da empresa e destacar o advogado, “supervisor de *compliance*” ou o assessor de imprensa para o diálogo;
- colaborar dentro dos limites do mandado; e
- conferir o auto de apreensão.

10. COLABORAÇÃO COM AS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS

É importante que a empresa coopere com as autoridades concorrenciais na hipótese de haver, por parte delas, requerimento de informações ou uma investigação antitruste. Isso, contudo, não implica em renúncia a quaisquer direitos, ações ou pretensões da empresa no que concerne à sua defesa.

10.1. Requerimento de Informações

As autoridades concorrenciais podem solicitar informações sobre as práticas comerciais realizadas pelas empresas. Essas informações, normalmente, terão o objetivo de auxiliar as autoridades concorrenciais no que tange à melhor compreensão de um determinado mercado, suas peculiaridades e práticas comuns, bem como para ajudá-las a formar o convencimento em eventual processo.

É importante que as empresas respondam àquelas solicitações de informações, dentro dos prazos estabelecidos pelas autoridades e, se for o caso, que justifiquem a não disponibilidade de dados, sob pena de a recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos acarretar a imposição da penalidade de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

Ademais, a falta injustificada do representante da empresa investigada ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos, no curso de inquérito ou processo administrativo, poderá sujeitá-los à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada falta, a ser aplicada conforme a sua situação econômica.

10.2. Investigações Concorrenciais

Caso ocorra uma investigação concorrencial na empresa, deve haver colaboração com a autoridade, no sentido de atender às exigências que, comumente, são requisitadas por meio de ofício. O trabalho harmônico entre empresa e autoridade de defesa da concorrência, no momento de uma investigação, é importante para evitar transtorno nas atividades diárias da empresa e as penalidades referidas no item 10.1, supra.

11. PROGRAMA DE COMPLIANCE

11.1. Conceito

Compliance, em uma adaptação para a língua portuguesa, significa estar em conformidade com as leis, os regulamentos internos e externos e os princípios corporativos que garantem as melhores práticas de mercado. A missão do *compliance* é fazer a gestão controlada dos riscos de violação às leis decorrentes da atividade praticada, e garantir a integridade das empresas, dos clientes, dos acionistas e dos funcionários. O principal objetivo dos programas de *compliance* é incorporar à cultura corporativa a importância em fazer a coisa certa.

Os programas de *compliance* visam, primordialmente, impedir que empresas, organizações e pessoas físicas violem a Lei nº 12.529/2011, ou seja, que adotem práticas que configurem infrações à ordem econômica, tornando-se sujeitas a severas penalidades aplicáveis pelo Cade.

O *compliance* na defesa da concorrência, especificamente, busca dotar as empresas de mecanismos internos para prevenir que se cometam atos anticoncorrenciais previstos na legislação vigente.

11.2. Importância da Adoção de um Programa de Compliance Concorrencial

A adoção de um programa de *compliance* é importante porque abrange a proteção da livre concorrência tanto por meio de aspectos imediatos quanto mediatos, a saber:

Aspectos imediatos

- (i) garante uma atuação idônea da empresa junto a seus concorrentes;
- (ii) perpetua a vida da empresa no mercado e, dessa forma, garante os empregos de seus funcionários;
- (iii) promove a ética nos relacionamentos internos (funcionários, diretoria, terceirizados) e externos (clientes, fornecedores, comunidade).

Aspectos mediatos

- (i) mantém a livre concorrência e a liberdade de iniciativa;
- (ii) promove a economia de mercado e a competitividade da empresa;
- (iii) defende os consumidores.

11.3. Implementação

A implementação de um programa de *compliance* é feita por meio de métodos de treinamento, fiscalização e sistemas disciplinares internos, com o objetivo de zelar, no ambiente da empresa, pelo estabelecimento de boas práticas concorrenciais.

Não há um modelo único de programa de *compliance*. Cada programa deve respeitar as peculiaridades de cada mercado de atuação e ser revisto constantemente, de modo a contemplar novos riscos que eventualmente possam surgir.

O comprometimento, a seriedade e a efetiva intenção de conduzir os negócios de forma ética são as bases de sustentação de um programa de *compliance* bem sucedido. O envolvimento da alta direção, os recursos adequados, e a autonomia e independência do gestor do programa são os principais atributos para concretização do programa.

12. REVISÃO PERIÓDICA DAS BOAS PRÁTICAS CONCORRENCIAIS

As boas práticas concorrenciais exigem opiniões especializadas acerca das condutas que podem configurar uma prática anticoncorrencial, bem como a necessidade de constante monitoramento e atualização com o objetivo de acompanhar as inovações na área do Direito Econômico.

12.1. Aconselhamento Jurídico Prévio

A complexidade da análise de defesa da concorrência torna imprescindível que a empresa obtenha aconselhamento jurídico prévio, a fim de evitar que suas políticas ou práticas comerciais venham a configurar alguma das hipóteses previstas na Lei de Defesa da Concorrência como uma infração à ordem econômica, conforme descrito neste manual.

12.2. Revisão Periódica

É importante que a empresa, além de estabelecer políticas e práticas comerciais que cumpram a legislação concorrenciais, também as revise de forma constante, considerando o dinamismo dos diversos mercados de atuação.

O ideal é que a referida revisão seja constante, buscando-se manter suas políticas e práticas comerciais sempre de acordo com os entendimentos estabelecidos pelo Direito Econômico.

Recomendações de ações a serem tomadas:

- participe apenas de reuniões que contenham a pauta de discussão definida, recusando-se a participar daquelas em que o objetivo do próprio encontro seja discutir temas concorrenciais sensíveis;
- faça-se acompanhar de advogado da empresa em reuniões com concorrentes que se façam estritamente necessárias;
- certifique-se de que há um representante da entidade de classe (associações/sindicatos) secretariando os trabalhos;

- saiba quem são os outros participantes da reunião;
- peça que seja lavrada uma ata contendo os detalhes da reunião;
- proteste se algo ilícito ocorrer, pedindo para que a atividade seja imediatamente suspensa;
- retire-se da reunião, caso o seu pedido de conduta lícita não seja aceito, registrando o fato.

Recomendações sobre ações que não devem ser tomadas:

- Não pratique qualquer ato que tenha por objeto ou possa produzir os seguintes efeitos:
 - › limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
 - › dominar mercado relevante de bens ou serviços;
 - › aumentar arbitrariamente os lucros;
 - › exercer de forma abusiva posição dominante.
- Não discuta ou troque informações de sua empresa que possam produzir os efeitos mencionados nos itens acima, a respeito de assuntos como:
 - › preços atuais e futuros, políticas de comercialização (ofertas, descontos, bonificações, condições de pagamento etc.) e margem de lucro;
 - › custos e níveis de produção, capacidade, estoques e vendas;
 - › lançamento de novos produtos, planos de marketing e planos de crescimento;
 - › distribuição dos produtos, expedição, transporte e valor de fretes.



Federação das Indústrias
do Estado de São Paulo

Presidente do Conjur

Sydney Sanches

Diretor Titular do Dejur

Helcio Honda

Grupo de Estudo Temático de Direito Concorrencial da Fiesp/Ciesp

Coordenação

Celso Campilongo

Ruy Coutinho

Colaboradores

Adriana Roder

Antonio Fernando Guimarães Bessa

Caio Ruotolo

Cristianne Saccab Zarzur

Denise Junqueira

Diogo Coutinho

Fabricao Cardim

Izabella de Cássia Menedin

Jorge Khauaja

Luciana Nunes Freire

Marcos Paulo Veríssimo

Maria Isabel Tavares

Mauro Grinberg

Silvio Fachim

Sonia Maria Giannini Marques Döbler



Federação das Indústrias
do Estado de São Paulo

Av. Paulista, 1313
São Paulo – SP | CEP: 01311-023
Telefone: (11) 3549-4697
E-mail: cdejur@fiesp.com.br
www.fiesp.com.br