



Direito Concorrencial

Manual de Práticas Concorrenciais



Direito Concorrencial

Manual de Práticas Concorrenciais

≡ **FIESP** ≡ ≡ **CIESP** ≡

Direito Concorrencial: por uma competição transparente

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.

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 editar 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.

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.

Contem sempre com o apoio da FIESP e do CIESP para contribuir com o avanço do Brasil nas questões concorrenciais.

== FIESP == == CIESP ==

Índice

1. A Importância da Livre Concorrência	9
2. Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência	11
2.1. Direito de ação	11
2.2. Requisição de informações pelo CADE	12
3. Atos de Concentração	13
3.1. Quando submeter os Atos de Concentração ao SBDC	14
3.2. Tipos de Concentração	15
3.3. Aprovação dos Atos de Concentração	15
3.4. Aprovação condicional: o Compromisso de Desempenho	16
4. Principais Condutas Anticoncorrenciais	17
4.1. Condutas de Natureza Horizontal	17
4.2. Condutas de Natureza Vertical	18
5. Relações com Concorrentes	20
5.1. Contatos e Acordos Proibidos	20
5.1.1. Fixação de Preços ou de Condições de Venda em Acordo com Concorrente	20
5.1.2. Divisão de Mercados ou de Clientes entre Concorrentes	21
5.1.3. Acordo para Controlar a Pesquisa, o Desenvolvimento Tecnológico ou a Produção	21
5.1.4. Troca de informações sobre descontos, promoções, <i>royalties</i> e custos	21
5.1.5. E quando o concorrente for também cliente ou fornecedor? ..	22
5.2. Políticas de Preços e Políticas Comerciais	23
6. Relações com clientes e fornecedores	24
6.1. Modo de Atuação	24
6.2. Novos Contratos de Distribuição ou Fornecimento	25
6.3. Venda de Produtos	25
6.4. Discriminação de preços e condições de venda	26
6.5. Recusa em negociar	26
7. Relações com Associações, Sindicatos, Federações e Confederações de Empresas	27
7.1. Infrações à Ordem Econômica	27
7.2. Outras Disposições que Podem Configurar Infrações à Ordem Econômica	27
8. Relações com Subsidiárias, Controladas e Coligadas	29
9. O que fazer em caso de busca e apreensão	30
10. Colaboração com as autoridades concorrenciais	31
10.1. Requerimento de Informações	31
10.2. Investigações Concorrenciais	31
11. Programa de Compliance	32
11.1. Conceito	32
11.2. Importância da Adoção de um Programa de <i>Compliance</i> Concorrencial	32
11.3. Implementação	32
12. Revisão Periódica das boas práticas concorrenciais	33
12.1. Aconselhamento Jurídico Prévio	33
12.2. Revisão Periódica	33

1. A IMPORTÂNCIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Os últimos quinze 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 artigo 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 8.884, de 11 de junho de 1994, 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 a mais efetiva ação governamental nesse campo, deixando patente, logo no parágrafo único de seu artigo 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”**.

Organograma – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC

Fique Atento

Tramita no Congresso, há vários anos, Projeto de Lei que visa modernizar o sistema e torná-lo mais ágil e racional.
As mudanças mais esperadas dizem respeito:

- 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 implicará 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.

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 o 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 CADE.

A Lei de Defesa da Concorrência também prevê que o lesado postule, além da 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 1% a 30% do valor do faturamento bruto dos envolvidos, no último exercício, excluídos os impostos. Serão considerados, nesse cálculo, os faturamentos nos mercados relevantes 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.

A multa não poderá ser inferior à vantagem auferida, quando quantificável. 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 SDE – 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.

3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Os atos de concentração devem ser entendidos como operações de concentração econômica, manifestadas sob variadas formas, dado que a Lei de Defesa da Concorrência não estabelece limites claros quanto às operações societárias e contratos que seriam definidos como Atos de Concentração. Em linhas gerais, a referida lei faz menção expressa a dois critérios que ensejam a atuação do CADE no controle das concentrações, quais sejam:

- I) concentrações cuja participação agregada das empresas envolvidas seja de 20% ou mais do mercado relevante;
- II) concentrações onde qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000,00.

Para o CADE, são Atos de Concentração:

- Fusões, aquisições, *joint ventures* e incorporações envolvendo empresas pertencentes a diferentes grupos econômicos;
- Aquisição de participação societária majoritária;
- Substituição de agente econômico, mesmo sem atuação no mercado relevante, desde que o critério do faturamento seja preenchido;
- Aquisição de ativos, tangíveis ou intangíveis, quando relacionados a um negócio (ex: aquisição de marca, ponto, fábrica, etc);
- Consórcios.

Ainda existem dúvidas de interpretação no tocante às seguintes operações:

- Aquisição de participação societária minoritária, sem ingerência no controle, quando não adquirida pelo majoritário;
- Contratos de distribuição e fornecimento entre concorrentes, especialmente quando houver previsão de exclusividade;
- Operações realizadas por fundos de investimento.

Para o CADE, não são Atos de Concentração:

- Operações sem efeito no Brasil;
- Compra e venda de bens de capitais, móveis e imóveis que não estiverem relacionados a um negócio;
- Operações ou contratos realizados entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

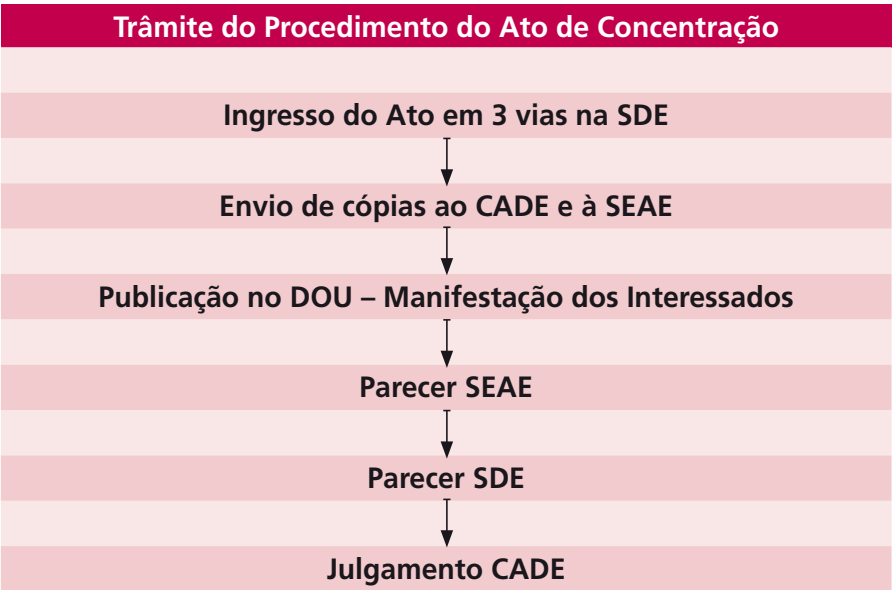
3.1. Quando submeter os Atos de Concentração ao SBDC

A análise dos Atos de Concentração pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) é feita *ex post*, ou seja, após a celebração do negócio. Nesse sentido, a Lei de Defesa da Concorrência estabelece que os atos devem ser apresentados no prazo de 15 dias úteis contados da assinatura do primeiro instrumento vinculativo, sendo previstas penalidades que podem variar de 60.000 a 6.000.000 UFIRs para o caso de descumprimento do referido prazo.

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, ou representar diminuição das relações de rivalidade/concorrência.

Os Atos de Concentração deverão ser apresentados para exame em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

Não obstante a análise seja *ex post*, o CADE pode adotar medidas para garantir a reversibilidade da operação e/ou a determinação de restrições ao final da análise, como os Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação ("APRO") e as medidas cautelares.



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, avaliando-se os seguintes fatores:

- I) Existência ou criação de barreiras à entrada de novos concorrentes;
- II) Dinâmica da concorrência naquele mercado relevante;
- III) Concorrência potencial, levando-se a uma conclusão sobre o impacto causado pela concentração.

A Portaria Conjunta SDE/SEAE 50/01 estabeleceu o procedimento para elaboração dos pareceres da SDE e da SEAE sobre Concentrações Horizontais, a saber:

- (I) definição do mercado relevante;
- (II) determinação da parcela de mercado sob controle da empresa requerente;
- (III) exame de probabilidade de exercício do poder de mercado;

(IV) exame das eficiências econômicas geradas pelo ato de concentração;

(V) avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e;

(VI) emissão de parecer final:

- favorável quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos e;
- desfavorável ou condicionada quando as eficiências forem inferiores aos custos

Os Atos de Concentração que importam em Conglomerados também podem gerar ineficiência quando levantam barreiras à entrada de novos agentes naquele setor da economia.

Já os Atos de Concentração que importam em Concentrações Verticais, que levam em conta fatores ligados ao mercado de distribuição e fornecimento de determinado produto, 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 Compromisso de Desempenho

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, na hipótese de se verificar que os benefícios ou eficiências superam os prejuízos, o ato poderá, inclusive, ser aprovado sob condição, de modo que os requerentes assumam obrigações de cumprir certas restrições impostas para sua aprovação.

A aceitação pelos requerentes das condições para aprovação do ato pelo CADE pode se revelar instrumento bastante eficaz, pois evita a descontinuação de operações de concentração já em andamento, apresentando-se como uma solução mais eficiente que uma simples negativa. Ademais, por ser um compromisso condicionado, cria um elemento a mais para as autoridades poderem controlar o comportamento dos agentes econômicos.

Assim sendo, o Compromisso de Desempenho previsto na Lei de Defesa da Concorrência deve ser visto não como um substituto de desaprovação da concentração, mas sim como uma alternativa à sua aprovação pura e simples.

4. PRINCIPAIS CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

Para a defesa da concorrência faz-se a análise das condutas identificadas como restritivas ou que configurem atos de concentração, levando-se em consideração os resultados sobre a concorrência, a fim de certificar-se da consequência anticompetitiva ou não das mesmas. Na análise há de se observar o princípio da razoabilidade, de forma a identificar possíveis consequências do ato ou conduta, proibindo-se ou restringindo-se apenas aquelas que apresentam potenciais efeitos anticompetitivos.

A Lei traça os parâmetros para a identificação de atos a serem analisados, proibindo aqueles que apresentam efeitos anticompetitivos ou aprovando-os com restrições a fim de minimizar ou eliminar seus efeitos negativos.

A conduta anticoncorrencial pressupõe posição dominante, a qual se verifica quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. A existência de posição dominante é legalmente presumida nos casos em que o agente detiver 20% do mercado relevante.

As condutas anticoncorrenciais podem ser de natureza horizontal e de natureza vertical.

4.1. Condutas de Natureza Horizontal

As práticas horizontais visam à redução ou mesmo à eliminação de empresas concorrentes, seja por meio de acordos de preços e/ou demais condições, seja por meio de preços predatórios.

Exemplos de condutas horizontais:

I) Preços Predatórios: nos termos da Resolução 20/99 do CADE, considera-se a “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, no momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos ao nível monopolista”. A identificação de preços predatórios depende de exame das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços em certo prazo. Descartam-se as práticas sazonais normais ou de políticas comerciais da empresa. Deve ser levada em conta a estrutura de mercado resultante da eliminação de competidores, de modo a testar a consistência da conduta predatória.

II) Cartel: é um acordo entre concorrentes principalmente para a fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. O objetivo é, por meio de ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o consequente aumento de preços em detrimento do consumidor.

No cartel, empresas independentes, atuantes no mesmo setor, estabelecem acordos entre si para promover o domínio de determinada oferta de bens ou serviços. A forma mais conhecida de cartel é a fixação de preços iguais ou muito semelhantes entre as empresas envolvidas, minimizando as chances da concorrência leal. Esses acordos objetivam o aumento dos preços e lucros e a eliminação da concorrência, formando barreiras à entrada de novas empresas e prejudicando o consumidor. O cartel é ilícito administrativo e crime punível com pena de 2 a 5 anos de reclusão ou multa.

Participantes de cartéis que queiram denunciar a prática e colaborar com as investigações, podem se beneficiar da relevação da pena (imunidade administrativa) apresentando-se na SDE para firmar **Acordo de Leniência**.

Acordo de Leniência

Acordo firmado entre a SDE e as pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração à ordem econômica, desde que essas pessoas colaborem, efetivamente, com as investigações e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais coautores e a comprovação do ilícito.

Fique Atento

O que deve ser evitado, sob pena de caracterizar cartel:

- Determinar, discutir, negociar, fazer acordo ou trocar informações com concorrentes sobre preços e quantidades produzidas;
- Dividir ou distribuir mercados com concorrentes, estabelecendo limites de atuação no que se refere a territórios, produtos ou clientes;
- Estabelecer com concorrentes limites de investimentos, cotas de produção, compra ou venda;
- Compartilhar informações confidenciais, sensíveis e relacionadas às estratégias de concorrência da empresa;
- Discriminação conjunta de clientes (boicote).

4.2. Condutas de Natureza Vertical

Condutas de natureza vertical são restrições impostas pelos produtores/fornecedores dos produtos e serviços de um mercado específico nos mercados relacionados ao longo da cadeia produtiva.

Exemplos de condutas verticais:

- I) Fixação de preços de revenda: configura-se quando um produtor estabelece preço (mínimo, máximo ou fixo) a ser adotado pelos distribuidores/revendedores na venda final do produto.

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

III) Acordos de Exclusividade: são transações comerciais realizadas entre empresas da mesma cadeia produtiva, excluindo o acesso a competidores.

IV) Acordo 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.

V) Recusas de negociação ou de venda: caracteriza-se pela recusa do fornecimento de produto ou serviço a um certo comprador.

VI) Discriminação de Preços e de Condições de Venda: ocorre quando o fornecedor de produtos/serviços oferece o mesmo produto 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.

VII) Venda Casada: é a prática que condiciona a venda de um produto/serviço à aquisição de 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 acima exemplificadas só são condenáveis na medida em que, ainda que potencialmente:

(I) limitarem, falsearem ou de qualquer forma prejudicarem a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(II) implicarem dominação de mercado relevante de bens ou serviços;

(III) aumentarem arbitrariamente os lucros; ou

(IV) exercerem de forma abusiva a posição dominante.

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 artigo 21, 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 qualquer troca de informações sobre temas proibidos pela lei deve ser evitada.

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), 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, passam a se alterar independentemente da disputa entre os competidores pela clientela. Tendo em vista que um dos objetivos da legislação concorrencial é a proteção da sociedade, representada pelos consumidores, é clara a razão da irregularidade. Os acordos redundarão em aumentos de preços.

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 que não se transmita e não se receba de concorrente qualquer informação 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.

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 aumentem ou, pelo menos, se mantenham preços que poderiam baixar.

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 limitar ou estabelecer cotas de produção 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 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 sobre descontos, promoções, royalties e custos

Por fim, a transmissão ou o recebimento de informações sobre 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.

Fique Atento

Tendo em vista as razões expostas nos tópicos anteriores, o empresário ou o executivo de empresa não deve, em nenhuma hipótese, atender a convite ou permanecer em reuniões que versem sobre esses temas e deve se afastar dessas discussões quando forem suscitadas por terceiros.

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 restringir aos produtos que serão comprados ou vendidos ao concorrente. Acordos sobre preços relacionados a 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 não enfrentar 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 haja contatos ou 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 hipóteses 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

Conforme exposto no item 4.2 deste manual, 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

Conforme explicação trazida pelo item 4.2 deste manual, 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 EMPRESAS

O tema é de extrema importância na medida em que as relações entre as empresas e as entidades de classe estão expostas a situações que exigem cuidados especiais, para que não seja configurada conduta anti-ética e eventual infração concorrencial.

7.1 Infrações à Ordem Econômica

Analisado o tema sob o enfoque concorrencial, passamos a tecer considerações a fim de que tanto as entidades como as empresas evitem problemas relacionados com as infrações à ordem econômica, principalmente em relação a possíveis favorecimentos ou práticas de condutas antiéticas, com o claro objetivo de prejudicar a livre concorrência.

Diante disso, podemos considerar como principais infrações:

- fixar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços;
- obter e influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, fornecedor, adquirente ou financiador.

Importante ressaltar que tais dispositivos estão no artigo 21 da Lei de Defesa da Concorrência, lembrando que estas condutas, muitas vezes, são implementadas, principalmente, em:

- reuniões;
- troca de e-mails; e
- troca de informações entre os associados e a própria entidade.

7.2. Outras Disposições que Podem Configurar Infrações à Ordem Econômica

a) Premiação

Premiações como, por exemplo, “selos de qualidade” e “certificações”, concedidas por entidades, devem observar as normas concorrenciais. Dentre elas, ser voltada a todo o setor, sem distinção, exclusão ou discriminação de participantes, independentemente da condição de associado ou não, tendo em vista os reflexos positivos que a premiação trará à empresa vencedora.

b) Troca de Informações

A troca de informações e a criação e uso de dados estatísticos devem ser:

- disponíveis a todos os associados ou não, sem distinção; e
- disponíveis de forma a agregar e auxiliar na elaboração dos estudos e levantamentos para a elaboração de pleitos, por exemplo, sem a identificação de qualquer nome, respeitando o sigilo.

Entretanto, não poderá ocorrer, em hipótese alguma, a troca de informações estratégicas entre empresas. As informações que fizerem referências a preços e quantidades, por exemplo, devem se referir ao passado e apresentar, preferencialmente, dados agregados.

c) Arquivos

Há de se destacar que é importante a manutenção de arquivos com registro e as atas das reuniões realizadas em cada uma das entidades de que a empresa participe.

8. RELAÇÕES COM SUBSIDIÁRIAS, CONTROLADAS E COLIGADAS

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

O tratamento econômico e jurídico das empresas postadas nessas cadeias produtivas, do prisma concorrencial, deve ser isonômico, isto é, todos devem ser tratados igualmente. Preços, descontos, prazos e condições de negócio, enfim, quaisquer outras vantagens não poderão discriminar, prejudicar ou favorecer quem quer que seja.

Evidentemente, há casos com razoáveis justificativas para tratamento diferenciado. Se um comprador, por exemplo, adquire cem mil unidades do produto e seu concorrente apenas algumas centenas, é óbvio que existirão preços e descontos diversos. O que não se admite é que, com idênticas condições, uma empresa seja favorecida ou prejudicada, em comparação com os rivais. Deve-se observar, aqui, a mesma regra geral das relações com clientes.

9. O QUE FAZER EM CASO DE BUSCA E APREENSÃO

O que fazer em caso de busca e apreensão:

- verificar o conteúdo do mandado;
- 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 qualquer 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 “supervisor de *compliance*”;
- se a busca e apreensão estiver acompanhada de imprensa, impedir o acesso desta às instalações da empresa e destacar o “supervisor de *compliance*” ou o assessor de imprensa para o diálogo;
- colaborar dentro dos limites do mandado.

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 de quaisquer direitos, ações ou pretensões da empresa no que concerne à defesa de seus direitos.

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.

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.

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 e garantir a integridade da empresa, dos clientes, dos acionistas e dos funcionários.

O *Compliance* na Defesa da Concorrência, especificamente, busca dotar as empresas de mecanismos internos para prevenir que se cometa atos anticoncorrenciais previstos na Lei 8.884/94 – Lei de Defesa da Concorrência.

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 aos 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;
- 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.

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 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 seus diversos mercados de atuação.

O ideal é que a referida revisão ocorra, pelo menos, a cada 2 (dois) anos, 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;
- certifique-se de que há um representante da entidade de classe 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 adote conduta que configure as hipóteses acima mencionadas;
- Não discuta ou troque informações de sua empresa que possam produzir os efeitos mencionados nos itens acima, a respeito de assuntos como:
 - Preços, suas alterações, políticas de comercialização (ofertas, descontos, bonificações, condições de pagamento, etc.) e margem de lucro;
 - Custos de produção, capacidade, estoques e vendas;
 - Lançamento de novos produtos e estratégia de marketing;
 - Distribuição dos produtos, expedição, transporte e valor de fretes.

Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
Departamento Jurídico

Av. Paulista, 1313 - 5º andar
São Paulo - SP
CEP: 01311-923
fone: 11 3549-4455
E-mail: cdejur@fiesp.org.br