

Bom comportamento

Empresas devem adotar programa de conformidade à lei concorrencial

POR MAURO GRINBERG

Por qual razão um programa de conformidade à lei concorrencial pode ou deve ser interessante para uma empresa? Esta é a pergunta que se faz quando a Secretaria de Direito Econômico (SDE) lança em consulta pública o seu Programa de Prevenção às Infrações (PPI). Não se trata aqui de comentar o conteúdo da consulta pública, mas sim de falar, em síntese, do que deve ser um programa de conformidade à lei concorrencial (nos Estados Unidos chamado de "compliance program"). Claro está que este programa só tem sentido quando existe receio de punição por infrações contra a ordem econômica. O programa nada mais é do que uma forma de educar os vários níveis da empresa para que não incidam, consciente ou inadvertidamente, nas infrações previstas na lei de defesa da concorrência. É claro que devem ser focalizadas todas as infrações concorrenciais (vendas casadas, discriminações, preços predatórios, recusas de fornecimento, etc.), mas a ênfase maior é sempre dada aos cartéis. É então sobre cartéis que vamos falar aqui.

Vamos aqui adotar a definição da Resolução nº 20, de 1999, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para os cartéis: "acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio". Qualquer programa de conformidade à lei concorrencial começa (ou às vezes termina) com uma lista do que se pode e do que não se pode fazer. Basicamente a maior proibição é a que diz respeito aos contatos entre concorrentes; é claro que se trata de contatos eficientes, ou seja, voltados para os acertos e combinações de estratégias comerciais (incluindo os preços). As determinações podem parecer mais ou menos óbvias, pois tudo ali contido nada mais é do que o cumprimento da lei. A grande dificuldade não está em elaborar um programa, mas na sua implementação. Para tanto, devemos ter em mente, inicialmente, que as regras concorrenciais não são tão óbvias quanto parecem. De fato é comum ouvir: "Que mal há em falar com um concorrente?". Além disso, as infrações podem ser combinadas em qualquer lugar: reuniões de entidades de classe, almoços (ou outros encontros) aparentemente banais, fins de semana no campo ou na praia, etc. Assim, um bom passo é criar a conscientização de que contatos com concorrentes podem ser danosos sempre, sobretudo fora dos locais de trabalho.

Já que as entidades de classe foram mencionadas, cumpre lembrar que este é um dos itens mais importantes de qualquer programa de conformidade à lei concorrencial. Elas costumavam ser vistas como "coberturas perfeitas" mas na verdade acabaram por ser "armadilhas perfeitas". É evidente que não se pode chegar ao extremo de proibir a existência das entidades de classe ou as participações dos interessados, normalmente empresas do mesmo ramo (ou seja, concorrentes). Todavia, é preciso, em primeiro lugar, que haja uma efetiva vantagem e/ou utilidade em tal participação. Em segundo lugar, é necessário que o estatuto da entidade seja claro no sentido de que não constitui objeto da entidade qualquer troca de informações estratégicas ou atividade que possibilite tal troca. Superada esta primeira fase, é necessário que, a cada convocação de reunião (ou assembléia ou qualquer outra forma de encontro) da entidade, a pauta deve ser examinada com cuidado, de preferência por advogado que tenha noções de direito concorrencial. A existência de qualquer item que possa importar em troca de informações estratégicas (inclusive o bem conhecido "outros assuntos de interesse dos associados") deve ser suficiente para vetar a presença da empresa que tem um eficiente programa de conformidade à lei concorrencial.

Se, superada mais esta fase e com a reunião em curso, a discussão for levada à troca de informações estratégicas, o conselho mais saudável que se pode dar é para deixar imediatamente a reunião, fazendo alarde e exigindo que a saída conste de ata. Se for o caso, é possível o envio de comunicado posterior à entidade comunicando o motivo da saída. Outro ponto sensível diz respeito às comunicações da empresa (anúncios, website, promoções, etc.), em que existe uma tendência dos departamentos comerciais e/ou de marketing no sentido do exagero. É comum encontrar frases como "chegamos ao domínio do mercado". É claro que a natural tendência propagandística não pode ser inteiramente coibida, mas é preciso tomar cuidado para não passar a mensagem equivocada. Existe também grande risco nas mensagens internas da empresa; a linguagem normalmente descuidada, mesmo que a empresa não

pratique infração, pode resultar em riscos. Deve-se ter em mente que a lei permite que as autoridades tenham acesso às comunicações internas da empresa, o que já por si só explica o cuidado que se deve ter. Frases como "não sabemos se isto é legal, mas...", "esta mensagem deve ser apagada depois de lida" ou mesmo algo que revele conhecimentos de estratégias (aparentemente sigilosas) dos concorrentes pode ser visto como prova de acerto (ou seja: cartel).

As empresas que atuam em concorrências públicas enfrentam um risco adicional, pois os necessários contatos frequentes (os licitantes são chamados para as sessões e a sua presença é essencial para o processo) podem levar as autoridades ao entendimento de que esses contatos são usados para atos ilegais. Assim, todas as evidências devem ser no sentido da concorrência plena. Desta forma, é preciso que sejam claramente definidos os destinatários dos programas de conformidade à lei. Na verdade, poucos escapam, mas os mais óbvios, além dos que ocupam cargos de direção e gerência, são os que têm contatos externos, inclusive os integrantes da força de vendas. Mas os integrantes da administração também devem ser muito bem informados dos riscos que seus eventuais equívocos de comunicação interna podem causar. Um programa de conformidade à lei não é completo sem os conselhos aos administradores do que fazer se, não obstante todos os cuidados, a empresa sofrer busca e apreensão das autoridades em suas instalações e em seus arquivos (inclusive eletrônicos). A busca e apreensão é precedida de autorização judicial e não requer aviso prévio; existe também a inspeção, que não requer autorização judicial mas precisa de aviso prévio de no mínimo 24 horas.

A chegada das autoridades, ainda que inopinada, não pode impedir a empresa de chamar seu advogado para o acompanhamento da diligência. As jurisdições variam quanto ao tempo que a empresa tem para tanto, sendo que no Brasil não existe esta especificação. É preciso, assim, que o pedido da presença do advogado seja feito diante de testemunhas que possam comprovar oportunamente, se for o caso, a sua eventual negativa. Deve ser exigido que sejam relacionados e copiados quaisquer documentos que as autoridades levam, de tal sorte que a defesa a ser feita tenha pleno conhecimento do que as autoridades têm em mãos. Mais ainda, a retirada de documentos (inclusive os eletrônicos, que também devem ser copiados) não pode impedir o normal funcionamento da empresa. A eventual recusa das autoridades em emitir cópias deve ser comprovada da melhor forma possível (testemunhas independentes são úteis) para efeito não somente de prova no processo concorrential como também de fundamentação de pedidos de indenização.

Além disso, o diálogo com as autoridades, no momento da busca e apreensão, não deve ser transformado em "interrogatório" ou "depoimento" pois, além da ocasião não permitir a plena utilização das garantias legais, existem as naturais pressões psicológicas do momento. Estes cuidados são fundamentais, apesar de não se imaginar aqui que as autoridades sejam arbitrárias ou atrabiliárias. Qualquer programa de conformidade à lei deve ser o mais abrangente possível, levando em conta toda a empresa, fazendo parte de sua cultura. O programa deve fazer parte integrante das comunicações internas, dos seminários e do ideário da empresa. Não pode ser visto como "coisa de advogado" ou algo parecido. Não é mera formalidade, mas forma de elevar a empresa ao mais alto patamar concorrential.