



DESPACHO PRESIDÊNCIA CONFIDENCIAL Nº 99/2020

Processo nº 08700.002395/2020-51

Interessados: [ACESSO RESTRITO] AMBEV S.A., BRF S.A., COCA-COLA INDÚSTRIAS LTDA., MONDELEZ BRASIL LTDA., NESTLÉ BRASIL LTDA., PEPSICO DO BRASIL LTDA.

Advogados: [ACESSO RESTRITO] Sérgio Varella Bruna, Natalia S. Pinheiro da Silveira, Marina Lissa Oda Horita e outros.

VERSÃO DE ACESSO RESTRITO

1. Trata-se de Petição (0756222) apresentada pelas empresas [ACESSO RESTRITO] AMBEV S.A. (“AMBEV”), BRF S.A. (“BRF”), COCA-COLA INDÚSTRIAS LTDA. (“Coca-Cola”), MONDELEZ BRASIL LTDA (“Mondelez”), NESTLÉ BRASIL LTDA (“Nestlé”) e PEPSICO DO BRASIL LTDA. (“Pepsico”), denominadas em conjunto como “Partes”, formalizando as condições sob as quais firmaram, em 11/05/2020, Memorando de Entendimentos (“MoU” ou “Acordo”) no âmbito do Projeto [ACESSO RESTRITO] de Recuperação da Atividade de Pequenos Varejistas (Small Trade Activity Recover – “Projeto STAR”), que resultaria no chamado “Movimento NÓS”.
2. [ACESSO RESTRITO] Destacam as Partes em sua manifestação que, com a eclosão da pandemia de COVID-19, muitos estabelecimentos, em especial, aqueles relacionados ao setor de comércio e prestação de serviços, interditaram suas atividades temporariamente como medida de contenção do surto infeccioso. Essas medidas, alegam as Partes, teriam severos impactos econômicos no comércio varejista de pequeno e médio porte – que no Brasil compreende parcela significativa dos canais de distribuição para bens de consumo como bebidas, alimentos, produtos para cuidados pessoais e domésticos, entre outros –, comprometendo, assim, a própria sobrevivência de muitas dessas empresas.
3. [ACESSO RESTRITO] Nesse sentido, as Partes constaram que, diante de tal cenário de profunda e prolongada crise e pela própria natureza das atividades desempenhadas pelos pontos de venda (PDV) do pequeno varejo no Brasil, ações isoladas não teriam a capacidade de produzir resultados efetivos e na escala necessária de modo a auxiliar tais estabelecimentos comerciais a retomarem suas atividades, daí a necessidade da coalização empresarial em exame voltada a ações em seu apoio – o Projeto STAR e o Movimento Nós.
4. Isto posto, a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) exarou, em 22/05/2020, o Despacho SG nº 529/2020 (0757563) e se manifestou, em conclusão, que:

26. Diante de todo o exposto, e com base nos elementos até o momento trazidos ao conhecimento do Cade, a análise preliminar dos termos do acordo permite concluir que:
- a) não se trata de um contrato de notificação obrigatória ao CADE, já que não cumpre os requisitos do art. 88 da Lei 12.529/11 e da Resolução 17/2016, do Cade;
 - b) não há indícios de tentativa de realização de prática anticompetitiva por meio das medidas elencadas no documento;
 - c) há justificativa econômica plausível para o acordo, que consiste [ACESSO RESTRITO] em medidas que buscam apoiar os pequenos negócios para que possam preservar seus investimentos em capital e trabalho e, com isso, possam manter a oferta de seus produtos e serviços no momento da reabertura;
 - d) as Partes efetivamente adotaram protocolos de prevenção de riscos antitruste;
 - e) a petição protocolada demonstra boa-fé das empresas, bem como a preocupação no reestabelecimento da competitividade e normalidade do setor.
5. Feito este breve relato, trago considerações que considero pertinentes à avaliação da petição em tela, mormente no que concerne a possíveis riscos de natureza concorrencial. Inicialmente sobre o direito de petição, em seguida sobre o tema de colaboração entre concorrentes e, na sequência, sobre o caso concreto sob análise.
6. De início, observo que a petição apresentada pelas partes, por seus efeitos, não se enquadra nas hipóteses de notificação obrigatória previstas pela legislação antitruste brasileira, seja como ato de concentração, seja como contrato associativo, bem como não se conforma em qualquer das espécies de instrumentos previstos formalmente na Lei nº 12.529/11 e no Regimento Interno do Cade (RiCade). Por conseguinte, não há que se falar propriamente aqui em autorização do Cade para a Coalização Empresarial.
7. Por outro lado, resta claro que a petição versa proposta de colaboração entre concorrentes no contexto da crise atualmente enfrentada em todo o Globo na esteira da pandemia do Covid-19.
8. **O direito de petição** é a maneira, em minha opinião, adequada para compreender, junto ao Cade, a peça exordial destes autos. Ausentes outros instrumentos mais específicos na legislação antitruste para seu processamento, é concedido o direito de peticionar a qualquer pessoa, física ou jurídica, que deseje a atenção do Poder Público em defesa de direitos, conforme ditame constitucional (art. 5º, XXXIV).
9. Nessa acepção específica, o Direito de petição permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, se dirija de maneira formal a qualquer autoridade do Poder Público a fim de consignar reivindicações, obter informações, denunciar ilegalidades da Administração Pública, prestar queixas sobre abuso de poder ou, o que é o nosso caso, para que o Poder Público, representado aqui pelo Cade no âmbito da defesa da concorrência, forneça opinião sobre matéria relevante às pessoas jurídicas organizadas sob o guarda-chuva do Projeto [ACESSO RESTRITO] STAR e do Movimento Nós.
10. Assim, considero que a Petição ora apresentada pelas Partes, ainda que não se amolde a nenhum dos tipos processuais específicos da legislação antitruste, acomoda-se no poder geral de petição, devendo, portanto, ser recebida e apreciada por esta autarquia como petição e examinados, sob a ótica concorrencial, seus pedidos.
11. **Acerca das colaborações entre concorrentes no contexto de crise**, tema tão em voga e em discussão no cenário antitruste internacional, entendo que devemos compreendê-las, em breve síntese e sem a pretensão de esgotar o assunto, como formas de cooperação entre empresas

concorrentes adotadas em caráter emergencial com o objetivo de superar adversidades decorrentes de uma situação de crise com objetivo de mitigar seus efeitos.

12. Permito-me um parêntese para acrescentar que recuso veementemente, nessa e em outras situações apresentadas ao Cade em circunstâncias similares, o uso de conceitos como “cartel de crise” ou “cartel do bem”, em virtude de não considerar razoável que algo que é tipificado enquanto crime, pelo ordenamento jurídico pátrio, possa ser incluído na interpretação de fatos e condutas apresentados a esta Autarquia.

13. O desafio que se apresenta para a autoridade antitruste ao analisar situações de possível colaboração entre concorrentes é verificar a existência de alguns pressupostos que possam levar à permissão da cooperação sem, por outro lado, permitir brechas que possam levar à ocorrência de condutas coordenadas ou abusos de posição dominante em detrimento da sociedade. Dentre tais pressupostos, podem ser elencados a excepcionalidade da situação enfrentada, a urgência necessária para a adoção de medidas, a relação de causalidade entre a crise e a cooperação pretendida, o universo temporal limitado para a coordenação, as eficiências geradas e seu repasse ao consumidor, dentre outros que se apresentem para a situação concreta.

14. Outrossim, sublinho aqui recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da *International Competition Network* (ICN), no que tange políticas de concorrência e cooperação entre concorrentes durante a pandemia de COVID-19 adequadas ao Brasil e convenientes à presente apreciação. O presente Despacho, se homologado, acompanha, como se observará subseqüentemente, a experiência internacional como projetada nos últimos meses de maneira a que se compatibilize preservação de ambientes econômicos concorrencialmente saudáveis [ACESSO RESTRITO] (no caso em tela, do comércio varejista de pequeno e médio porte) e orientações específicas a vigorarem nas atuais circunstâncias de crise.

15. O Comitê de Concorrência da OCDE, com base nas melhores práticas internacionais no enfrentamento à pandemia, editou recentemente documento que sistematiza algumas diretrizes e procedimentos (“COVID-19: *Competition policy actions for governments and competition authorities*”), com que ressaltou que “[suas] recomendações podem servir tanto para uma orientação geral de como lidar com a crise atual, como também para uma orientação célere para negócios caso a caso (por exemplo, abertura de canais de acesso rápido para fornecer orientações em casos específicos de cooperação). É importante considerar eficiências em acordos entre competidores, mais especificamente para o desenvolvimento de produtos fundamentais à saúde (por exemplo, vacinas ou remédios essenciais). As autoridades devem assegurar que os acordos firmados são limitados pelo período da crise e não incluem restrições mais graves, como a fixação de preços. Os denominados ‘cartéis da crise’ têm alcançado benefícios limitados na estabilização de negócios e resultado em prejuízos significativos para os consumidores. As agências antitruste, portanto, devem permanecer vigilantes [i]”.

16. A ICN, em manifestação recente de seu Steering Group – do qual o Brasil faz parte –, a qual examina questões relacionadas à pandemia de COVID-19 (“*ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*”), salientou que “essa situação extraordinária pode desencadear uma necessidade de competidores cooperarem temporariamente, de forma a assegurar o fornecimento e a distribuição de produtos e serviços escassos que protegem a saúde e a segurança dos consumidores. Tais esforços conjuntos, se limitados no escopo e na duração necessária para ajudar os infectados pela COVID-19, e em consonância com a legislação aplicável ou com as orientações específicas das autoridades antitruste, podem ser uma resposta necessária para proteger consumidores e fornecer produtos ou serviços que poderiam não ser disponibilizados senão desta forma. Isso pode ser apropriado para que agências antitruste aprove eventuais colaborações entre competidores necessárias para lidar com as circunstâncias da crise até onde seu ordenamento jurídico permite [ii]”.

17. Passando à **análise do caso concreto em tela**, tendo como razões para decidir os elementos de fato e de direito aduzidos pelo Despacho SG nº 529/2020 (0757563), sublinho que, com base nos documentos e informações disponíveis nos autos, as atividades do Projeto [ACESSO RESTRITO] STAR e o Movimento Nós não devem, a princípio, ser enquadradas enquanto eventuais ilícitos concorrenciais, bem como não se configuram, na forma relatada,

enquanto condutas que infringiriam a legislação antitruste brasileira. Tal entendimento se baseia em algumas salvaguardas, exigidas no caso precedente da matéria, e aqui percebidas.

18. Dessas salvaguardas, corroboradas nas análises empreendidas pela SG/Cade, enfatizo aquelas que considero pertinentes: a) ações isoladas das empresas não teriam capacidade de produzir efeitos no sentido de [ACESSO RESTRITO] auxiliar pontos de venda do pequeno varejo a retomarem suas atividades; b) o protocolo vigorará por tempo limitado, até o dia 31/10/2020, com a hipótese de prorrogação desse prazo atrelada exclusivamente à evolução do cenário mais amplo da pandemia e, necessariamente, comunicada de antemão ao Cade; c) o acordo não envolve coordenação de ações comerciais, as quais serão definidas e implementadas individualmente pelas empresas e sem qualquer interação entre os participantes da iniciativa; d) atividades desenvolvidas não envolvem a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as Partes (por exemplo, de bases de dados de clientes entre empresas); e) adoção de cuidados de prevenção a riscos de natureza antitruste específicos em reuniões de comitês e subcomitês relacionados às atividades do Projeto [ACESSO RESTRITO] STAR e do Movimento Nós; e f) trata-se de ações pró-competitivas e pró-eficiência, que não poderiam ser atingidas por nenhuma das empresas envolvidas isoladamente pela própria natureza do auxílio oferecido [ACESSO RESTRITO] aos pontos de venda.

19. Desse modo, considero suficientes as garantias apresentadas pelas Partes, se cumpridas nos exatos termos propostos, de modo que, ante o exposto, concluo que não há, a princípio, ilícito concorrencial no Acordo em epígrafe, bem como observo que os requisitos elencados no precedente da matéria (08700.003483/2018-56) permanecem suficientes e encontram-se plenamente satisfeitos.

20. Trata-se, sem dúvida, de medida excepcional, uma vez que compartilhamento entre concorrentes nos moldes apresentados, poderia eventualmente implicar riscos à ordem econômica e que, em condições normais de mercado, demandaria análise ainda mais pormenorizada e dilatada no tempo por parte deste Conselho.

21. Nesse sentido, destaco que a excepcionalidade dessa medida não constitui imunidade antitruste. Não se está conferindo, com a presente decisão, se homologada, imunidade às petionárias, de modo que não há impedimentos a que este Conselho, na hipótese de se observar eventuais irregularidades nos termos apresentados ou práticas potencialmente lesivas à concorrência no âmbito desse Acordo, possa tomar as medidas e providências que compreender cabíveis.

22. Ressalto, ainda, que o procedimento ora adotado segue precedente deste Conselho quando do exame do “Protocolo de Crise de Abastecimento”, em 2018, no contexto da crise de desabastecimento pela qual passou o país na esteira da greve dos caminhoneiros naquele ano (08700.003483/2018-56). Ali são definidos, em situação análoga e igualmente crítica, os requisitos e em quais circunstâncias é possível adotar-se tal entendimento. Ressalto que a análise aqui realizada se adstringe ao padrão consolidado naquela oportunidade e que entendo cabível. É, aliás, a partir desse precedente que as partes submetem ao Cade sua petição e sob os quais fundamentam seus pedidos.

23. Acrescento que diante do contexto econômico e social decorrente da pandemia de COVID-19, entendo pela necessidade de convocação desta Sessão Extraordinária, nos termos do art. 60, inciso XVII do Regimento Interno do Cade, para ciência da Petição e para abrir deliberação do Plenário sobre as questões em referência.

24. Por fim, entendo ser indispensável, em sede de acompanhamento a ser conduzido pela Superintendência-Geral do Cade, o monitoramento do negócio jurídico firmado pelas Partes e a colheita de maiores informações sobre sua execução, de modo a prevenir a troca de informações concorrencialmente sensíveis, bem como o abuso de posição dominante, a criação de barreiras à entrada ou impedimento/dificuldades a atuação de concorrentes não aderentes.
25. Antes de passar ao dispositivo da proposta, deixo registrado o agradecimento a todos os meus colegas de Tribunal pelas ricas e profícuas discussões no processo de construção desta decisão, em especial a Conselheira Paula Azevedo e os Conselheiros Sergio Ravagnani e Luis Braidó, pelas colaborações apresentadas ao texto da proposta de Decisão que ora submeto ao escrutínio do Colegiado.
26. Dessa forma, em face de todo o exposto, apresenta-se ao Plenário proposta de:
- a) homologar o Despacho nº 529/2020 (0757563) da Superintendência-Geral do Cade;
 - b) reconhecer que, nesse momento, não existem indícios de tentativa de realização de prática anticompetitiva por meio das medidas elencadas no Memorando de Entendimentos (0756222 e 0756231);
 - c) esclarecer que resguarda-se a prerrogativa do Cade de revisitar seu posicionamento em momento posterior ante o indício de cometimento de quaisquer atos que ensejem a apuração de infração à ordem econômica, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011;
 - d) determinar às interessadas que apresentem ao Cade, sempre que requisitadas, todas as informações acerca da cooperação de que trata o Memorando de Entendimentos, bem como, ao final de sua vigência, relatório circunstanciado contendo as medidas adotadas, as informações trocadas e os resultados obtidos.
 - e) manter a classificação de acesso restrito dos presentes autos, pelo prazo de 7 (sete) dias, após o qual deverá ser classificado como de acesso público.
27. É o despacho que submeto à apreciação.

Brasília, 27 de maio de 2020

[assinatura eletrônica]

ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA

Presidente

[i] OCDE: PROVIDE GUIDANCE ON LAWFUL CO-OPERATION BETWEEN COMPETITORS. "This may include both general guidance to deal with the current crisis as well as speedy case-by-case guidance to business (e.g. open fast-track channels to provide advice on specific cases of co-operation). It is important to consider efficiencies in arrangements between competitors, more specifically for the development of key health products (e.g., vaccines or essential drugs). Authorities should ensure that the arrangements are limited in time and do not include hardcore restrictions such as price fixing. "Crisis cartels" have achieved limited benefits in stabilising businesses and resulted in significant detriment for consumers. Authorities should therefore remain vigilant". Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf>

[ii] ICN : "This extraordinary situation may trigger the need for competitors to cooperate temporarily in order to ensure the supply and distribution of scarce products and services that protect the health and safety of all consumers. Such joint efforts, if limited in scope and duration necessary to assist those affected by COVID-19, and in line with applicable laws or specific guidance from authorities, may be a necessary response to protect consumers and provide products or services that might not be available otherwise. It can be appropriate for competition agencies to accommodate collaboration between competitors necessary to address the circumstances of the crisis to the extent that their laws permit." Disponível em : <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Barreto de Souza, Presidente**, em 01/06/2020, às 14:53, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0759378** e o código CRC **00F5E054**.