

TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE CONCORRENTES: LIMITES E POSSIBILIDADES DA CONFIGURAÇÃO DE PRÁTICA ANTICONCORRENCIAL AUTÔNOMA

1

ALBERTO AFONSO MONTEIRO

Graduado pela UERJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial

RESUMO: Nos últimos anos, vem sendo evidente o foco da atuação das autoridades brasileiras de defesa da concorrência no que toca à investigação e punição de cartéis. Contudo, ainda não foi objeto de devida atenção por parte das autoridades nacionais a possibilidade de a conduta troca de informações entre concorrentes – tão intimamente ligada à prática de cartel – vir a ser considerada violação à concorrência. Com base nas entusiasmadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema existentes na Europa e EUA, o presente artigo visa a contribuir para que se possa responder questões básicas sobre: (a) se a troca de informações entre concorrentes pode ser considerada um ilícito concorrencial autônomo no Brasil; e (b) quais os limites e possibilidades de configuração de prática ilícita nesses casos.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Cartel – Troca de informações – Teoria dos efeitos – Regra da razão.

ABSTRACT: In the last years, it has been evident the focus of the enforcement of Brazilian competition authorities with respect to cartel practices. However, it has not yet been object of due attention by Brazilian authorities the possibility of the conduct of exchange of information among competitors – which is closely related to cartel practices – being considered violations to competition. Based on the enthusiastic discussions in doctrine and case law about the subject in Europe and USA, this article aims at collaborating with the job of finding answers to basic questions on: (a) whether the exchange of information among competitors could be seen as an independent antitrust violation in Brazil; and (b) which are the limits and possibilities for a given practice to be considered an illegal practice of information exchange.

KEYWORDS: Anti-trust – Cartel – Information exchange – Theory of the effects – Rule of reason.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Troca de informações como prática anticoncorrencial autônoma no Brasil: 2.1 Paralelismo de conduta e teoria *plus factors*; 2.2 Troca de informações como prática anticoncorrencial autônoma no Brasil – 3. Limites e possibilidades da caracterização de prática anticoncorrencial de troca de informações: 3.1 Principais efeitos positivos e negativos da conduta de troca de informações; 3.2 Principais fatores a serem examinados; 3.3 Publicação de *guidelines* e análise caso a caso – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais debatidos e controvertidos na teoria do direito concorrencial envolve a discussão acerca da troca de informações entre concorrentes.¹ Se há um consenso sobre o tema, é o de que troca de informação entre concorrentes podem dar causa a efeitos concorrencialmente positivos ou negativos no mercado. Nesse sentido, não há que se falar em fórmulas fechadas ou pré-definidas para se determinar se a conduta em um caso concreto é ilícita ou não.

Como princípio básico, a troca de informações tem como efeito o aumento da transparência no mercado. Vale lembrar que o modelo econômico teórico de concorrência perfeita pressupõe um mercado com diversos compradores e vendedores, produto homogêneo, ausência de barreiras à entrada e também que os compradores e vendedores estejam perfeitamente informados; ou seja, que o mercado é absolutamente transparente. A partir disso já se pode intuir que o compartilhamento de informações tem grande potencial para trazer benefícios aos agentes que operam no mercado, sejam fornecedores ou consumidores.

Por outro lado, parece também intuitivo que a troca de informações pode originar ou facilitar comportamentos colusivos entre os agentes do mercado, na medida em que essa prática tem potencial para: (a) facilitar um entendimento comum; (b) auxiliar o monitoramento dos termos do acordo; e (c) facilitar e reduzir os custos de punição de desvios.

Em linhas gerais, a troca de informações entre concorrentes pode se enquadrar em três diferentes contextos sob a ótica do direito da concorrência: (a) como parte de um acordo de cartel em que a troca de informação fun-

1. A esse respeito ver Approaches to information exchange vary globally, says IBA panel, de Stefano Berra, disponível no site da *Global Competition Review*. Disponível em: [www.globalcompetitionreview.com/rss/news/article/32319/]. Acesso em: 08.10.2012.

ciona como elemento facilitador das condutas combinadas; (b) no contexto de acordos cooperativos entre concorrentes com propósito de aumento de eficiência (como em *joint ventures*); e (c) como prática isolada e autônoma, em que a troca de informação é a única cooperação entre concorrentes que se pode observar.²

Em regra, a análise concorrencial nos dois primeiros contextos não envolve grandes controvérsias, considerando que a autoridade concorrencial deverá analisar os possíveis efeitos restritivos da concorrência no contexto do cartel ou do acordo de cooperação aos quais a troca de informações é subsidiária. A troca de informações como prática autônoma é a categoria que envolve os maiores desafios, dado que ela pode gerar efeitos pró-competitivos e/ou servir como meio facilitador da colusão tácita ou explícita.

É a esse tema – troca de informações como conduta autônoma e possível configuração de prática anticoncorrencial – que nos dedicaremos no presente trabalho. No capítulo 2 avaliaremos se a troca de informações pode ser considerada uma prática anticoncorrencial autônoma no Brasil, considerando os dispositivos da Lei 12.529/2012. Após isso, no capítulo 3, analisaremos os limites e possibilidade da caracterização da prática anticoncorrencial de troca de informações. Por fim, no capítulo 4, apresentaremos nossas conclusões.

2. TROCA DE INFORMAÇÕES COMO PRÁTICA ANTICONCORRENCIAL AUTÔNOMA NO BRASIL

Na experiência brasileira de defesa da concorrência sob a égide da Lei 8.884/1994, em especial a partir de 2003, o combate a cartéis tornou-se o foco principal da atuação das autoridades, o que é refletido no número de processos administrativos, buscas e apreensões e acordos de leniência³ referentes a casos de cartel.

Segundo definição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade),⁴ “cartel é um acordo ou prática concertada entre concorrentes para

2. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law*. 2010. p. 9. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/48379006.pdf]. Acesso em: 08.10.2012.

3. Para maiores informações, ver: [www.cade.gov.br/].

4. Disponível no site do Cade em: [http://cade.gov.br/Default.aspx?5ccf3ecb25fa1112e452e274cc77]. Acesso em: 08.10.2012.

fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, ou adotar posturas pré-combinadas em licitação pública”.⁵

Sabe-se que, classicamente, a configuração da prática de cartel requer a demonstração do acordo expresso entre os concorrentes, o que, no mundo ideal, é obtido por meio de provas diretas da existência de conluio (aí se incluindo atas de reuniões, trocas de mensagens, interceptações telefônicas, entre outros). Contudo, e até como um reflexo do significativo aumento do *enforcement* contra tal conduta, torna-se cada vez mais difícil sob o ponto de vista da autoridade obter evidências necessárias para caracterizar a prática do cartel no caso concreto e puni-lo adequadamente.

2.1 *Paralelismo de conduta e teoria plus factors*

Se por um lado é certo que a caracterização de cartel depende da existência de acordo, por outro é entendimento tranquilo da doutrina – com base em estudos econômicos sobre comportamento de agentes no mercado – que o simples paralelismo de conduta entre concorrentes não deve dar causa à aplicação de penalidades antitruste.⁶

5. Na mesma linha, segundo a Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE), “cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these”. Disponível no site da OCDE em: [<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3157>]. Acesso em: 08.10.2012.

6. Sobre a definição de paralelismo e sua insuficiência para configuração de acordo ilícito entre concorrentes, Ivo Teixeira Gico afirma que: “O paralelismo ocorre quando concorrentes adotam uma mesma política comercial, como preços, condições de vendas, financiamento, fórmulas de preços, formas de entrega, qualidade de produtos etc. Quando o paralelismo é fruto da racionalidade econômica individual de cada agente, isto é, a conduta uniformizada seria adotada pelo agente mesmo na hipótese de os demais concorrentes não a adotarem, a identidade de condutas seria absolutamente irrelevante do ponto de vista concorrencial. Trata-se simplesmente de respostas idênticas, mas não relacionadas, de um grupo de concorrentes na mesma condição ao mesmo conjunto de fatos econômicos. O paralelismo não teria significado jurídico de si e por si, dependeria sempre de outros fatos. Assim, a existência de comportamentos paralelos não constituiria qualquer evidência de acordo, salvo se fatos adicionais demonstrassem que a racionalidade da conduta está intrinsecamente vinculada à adoção da mesma conduta pelos demais” (Gico, Ivo T. *Cartel – Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007. p. 133).

Diante da impossibilidade de condutas paralelas configurarem por si só comportamento anticoncorrencial e da dificuldade de obtenção de provas diretas de cartel, foram sendo desenvolvidas teorias para se possibilitar a caracterização e punição de cartéis a partir de provas indiretas da existência do acordo.

Nesse contexto, ganhou repercussão na jurisprudência do Cade na vigência da Lei 8.884/1994 a teoria dos *plus factors* de origem norte-americana. Conforme relatado por Luis Fernando Schuartz no julgamento do Processo Administrativo 08012.002493/2005-16,⁷ a ideia central por trás dessa doutrina consiste na apresentação de condições necessárias e suficientes para inferir, a partir do paralelismo entre as condutas dos agentes em mercados oligopolizados na ausência de evidências explícitas de acordo, a existência do último.

A constatação de que o paralelismo não é por si só evidência de comportamento colusivo e a adoção da teoria do *plus factors* (seja para afastar ou configurar a prática de cartel no caso concreto) estiveram presentes em diversos precedentes do Cade na vigência da Lei 8.884/1994.⁸ Na Lei 12.529/2012, a lógica de análise e caracterização de condutas anticompetitivas existente na lei anterior foi mantida,⁹ o que nos leva a crer que a edição da nova lei por si só não trará relevantes alterações ao modo como o Cade examina práticas anticoncorrenciais.

Na doutrina do *plus factors*, a constatação da existência de troca de informações entre concorrentes é comumente vista como um dos fatores adicionais que, somados ao paralelismo e ausentes outras justificativas economicamente razoáveis, podem contribuir para a caracterização do cartel no caso concreto.

Assim, é possível afirmar que o tema da troca de informações vem desempenhando algum papel na jurisprudência do Cade, em especial quando da aplicação da doutrina dos *plus factors* para avaliação da existência de cartel. O outro contexto no qual a jurisprudência do Cade vem atentando para a troca de informações entre concorrentes refere-se à análise de atos de concentração

7. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo 08012.002493/2005-16.

8. A esse respeito ver Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Processo Administrativo 08012.008166/1999-14; Processo Administrativo 08012.015337/1995-02; Processo Administrativo 08012.000677/1999-70; Processo Administrativo 08012.001119/2000-91; Processo Administrativo 08012.006059/2001-73; Averiguação Preliminar 08012.012116/1999-50; Averiguação Preliminar 08012.010626/2010-87.

9. Evidenciada pela quase transposição dos arts. 20 e 21 da Lei anterior para o art. 36 do novo Diploma.

envolvendo acordos cooperativos entre concorrentes (como em casos de *joint venture*).¹⁰ Como visto acima, nesses acordos cooperativos a troca de informações deve ser analisada de forma subsidiária à cooperação em si.

O interessante a se notar, contudo, é que a troca de informações vem tendo no Brasil um papel ainda subsidiário, como elemento adicional a configurar um ilícito outro (o cartel), ou mesmo em casos de atos de concentração colaborativos, não havendo precedente do Cade em que a conduta tenha sido analisada como potencial prática anticoncorrencial autônoma, independente da ocorrência do cartel e mesmo que este esteja ausente ou não seja comprovável.

2.2 *Troca de informações como prática anticoncorrencial autônoma no Brasil*

No nosso entendimento, a troca de informações entre concorrentes é passível de punição segundo o art. 36 da Lei 12.529/2012 como prática concertada entre concorrentes com potencial de gerar efeitos anticoncorrenciais ao facilitar a colusão tácita ou explícita entre concorrentes.

Consideramos que não merece prosperar argumentação segundo a qual em não sendo punível a colusão tácita (ou mero paralelismo) também não o seria a troca de informações entre concorrentes que a facilita ou incentiva. Embora o mero paralelismo não seja punível por poder decorrer de comportamento legítimo e economicamente plausível de *players* no mercado, o acordo entre concorrentes para troca de informações que possa facilitar essa colusão merece investigação e eventual punição, uma vez que pode configurar conduta apta a limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Nesse cenário, o eventual paralelismo não decorreria mais de comportamento individual e economicamente justificável por parte dos agentes econômicos no mercado, mas de mecanismo artificial de troca de informações. Embora pouco explorado pela doutrina no Brasil, o tema já foi (e ainda vem sendo) debatido com entusiasmo pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, em especial a europeia.¹¹

10. A esse respeito ver Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Ato de Concentração 08012.011196/2005-53; Ato de Concentração 08012.002335/2000-43; Ato de Concentração 08012.002335/2000-43; Ato de Concentração 08012.003632/2001-97.

11. Segundo Kühn e Vives: "in general the main reason for public policy intervention with regards to information exchange agreements must be seen in their role of facilitating practices for sustaining explicitly or tacitly collusive conduct among firms"

Outro fator para a persecução da conduta de troca de informações, nesse caso de ordem eminentemente prática, refere-se à dificuldade de se provar, em uma investigação antitruste, acordos expressos de cartel entre concorrentes. Segundo Kühn e Vives:

"If competition authorities could, for example, effectively combat collusion on prices, separate policy intervention towards information sharing agreements would be unnecessary. However, there are two reasons why this is not the case. First, collusion between firms is notoriously difficult to prove in court. Part of the reason for this is the scarcity of evidence that goes along with collusive agreements."¹²

A experiência europeia sobre a possibilidade de *enforcement* pela Comissão contra prática de *information sharing* tem relevância crucial para se entender a possibilidade e limites da caracterização de tal prática como ilícito antitruste autônomo no Brasil.

De forma semelhante ao que ocorre no Brasil, o art. 81 do EEC Treaty (hoje art. 101 do TFEU), que proíbe acordos e práticas concertadas entre concorrentes com objeto ou efeito de restringir a concorrência, não menciona a troca de informações como uma das práticas contidas em sua lista não exaustiva de condutas potencialmente anticoncorrenciais. Assim, a atuação da Comissão no *enforcement* dessa prática decorreu unicamente da interpretação normativa e evolução jurisprudencial. Como relata Antonio Capobianco,¹³ embora em casos mais antigos de troca de informações a Comissão tenha analisado a prática unicamente de forma subsidiária a outras condutas (principalmente cartel), a partir da década de 90, a Comissão passou a examinar sistemas de troca de informação de forma independente de qualquer outra prática prevista no art. 81.

O *leading case* europeu sobre troca de informações entre concorrentes é o caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, decidido pela Comissão em 1992,¹⁴ que é ainda hoje uma referência quanto ao assunto. Embora não considerada cartel, a prática foi avaliada como conduta concertada com potencial para restringir a concorrência.

(KÜHN, Ka-Uwe; VIVES, Xavier. *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*. Barcelona: Institut d'Anàlisi Econòmica (CSIC), jun. 1994. p. 110).

12. Idem, p. 112.

13. CAPOBIANCO, Antonio. Information Exchange Under EC Competition Law. *Common Market Law Review*, vol. 41, n. 5, p. 1248-1251.

14. Em O. J. 1992, L 68/19.

No caso brasileiro, de igual maneira, não consideramos a não referência à troca de informações na lista do § 3.º do art. 36 como óbice para que essa prática seja investigada pelo Cade. O próprio § 3.º é expresso ao determinar que outras condutas além das listadas podem configurar violação à ordem econômica na medida que configurem hipótese prevista no *caput* do mesmo artigo. Por sua vez, a linguagem do *caput* e seus incisos é extremamente ampla, demonstrando a intenção da lei de capturar situações que não são elencadas em seu rol exemplificativo, mas que podem gerar efeitos anticoncorrenciais.

Assim, caso um acordo entre concorrentes para troca de informações tenha potencial para produzir os efeitos anticoncorrenciais previstos no *caput* do art. 36, aos envolvidos não que ser impostas as penalidades do art. 37, mesmo que não haja ou não tenha sido coprovado o cartel. A lógica aqui seria a punição de uma prática que tem o potencial para gerar efeitos concorrenciais (nesse caso a colusão), mesmo que tais efeitos (a colusão) não tenham sido comprovados ou mesmo sequer tenham sido alcançados. Esse raciocínio está em linha com a jurisprudência do Cade sobre punição de condutas com efeitos potencialmente anticoncorrenciais.

Vale fazer referência ainda aos casos de conduta de compartilhamento de informação que não envolvam necessariamente uma troca entre concorrentes, mas conduta unilateral de um dos agentes que disponibiliza informações a terceiros (como em anúncios unilaterais ao mercado). Nessa situação, caso a conduta seja verdadeiramente unilateral e os potenciais efeitos anticoncorrenciais sejam comprovados, a punição do agente pela prática é cabível. Ainda, muitas vezes uma prática aparentemente unilateral envolve na verdade conduta concertada. Seria o caso, por exemplo, de anúncios unilaterais feitos pelos vários agentes e de forma sequencial.¹⁵ Segundo decisão do Tribunal de 1.ª instância, de março de 2000, envolvendo a cimenteira CBR, quando estamos lidando com compartilhamento de informações, muitas vezes a prática aparentemente unilateral é verdadeiramente concertada:¹⁶

15. A esse respeito, vale fazer referência ao caso ATP tratado em maior detalhe abaixo.

16. Embora esse não seja o objeto desse trabalho, e apenas para fins de completude, vale mencionar que não encontramos óbice a que partes que executem um contrato associativo com o objeto de troca de informação notifiquem tal acordo ao Cade para aprovação, segundo o art. 88 c/c art. 90 da Lei 12.529/2012. Obviamente que não seria comum, em especial na realidade brasileira, acordos cooperativos entre concorrentes em que o objeto principal seja a troca de informações em si (em vez de ela ser subsidiária a uma cooperação outra, como em *joint ventures*). Sem prejuízo da interpretação que o Cade dará ao termo “contrato associativo” no âmbito da nova lei,

"The concept of concerted practice implies the existence of reciprocal contacts. That condition of reciprocity is satisfied where the disclosure by one competitor to another of future intentions or conduct on the market has been sought or, at the very least, accepted by the other competitor."¹⁷

Em conclusão ao exposto acima, pode-se dizer que, a despeito da inexistência de jurisprudência do Cade a esse respeito, práticas de compartilhamento de informações entre concorrentes podem – e devem – ser investigadas e eventualmente punidas segundo as normas da Lei 12.529/2012, caso configurem alguma das hipóteses previstas no *caput* do seu art. 36.

3. LIMITES E POSSIBILIDADES DA CARACTERIZAÇÃO DE PRÁTICA ANTICONCORRENCIAL DE TROCA DE INFORMAÇÕES

No capítulo anterior, após abordarmos a experiência estrangeira sobre troca de informações como possível conduta anticoncorrencial, concluímos que, dentro do arcabouço legal brasileiro, é possível a investigação e eventual punição de tais práticas desde que produzam algum(s) dos efeitos mencionados no *caput* do art. 36.

Contudo, a afirmação de que as autoridades concorrenciais devem atentar para trocas de informações entre concorrentes não leva à conclusão de que a conduta invariavelmente acarretará um ilícito concorrencial. Conforme mencionado na introdução, há situações em que troca de informações produzem efeitos pró-competitivos enquanto em outras os efeitos são a facilitação de práticas colusivas. Haverá situações em que ambos os efeitos (positivos e negativos) serão gerados e caberá à autoridade, no caso concreto, determinar quais deles predominam. É aí que geralmente surgem as maiores polêmicas.

3.1 *Principais efeitos positivos e negativos da conduta de troca de informações*

Quanto aos aspectos negativos da troca de informações, eles já foram tratados acima e, basicamente, referem-se à possibilidade de utilização desse expe-

a possível notificação de contratos associativos para troca de informações é tema que proporcionaria um interessante debate.

17. European Court reports 2000 Page II-00491.

diente para facilitar a colusão entre concorrentes. Segundo a doutrina,¹⁸ a troca de informações pode incentivar a colusão se (a) facilita seja alcançado um entendimento comum sobre os termos da coordenação; (b) facilita o monitoramento dos termos do acordo; e (c) melhora a habilidade e reduz os custos da punição de desvios. Ou seja, todos os elementos clássicos do comportamento colusivo – acordo, monitoramento e punição – são potencialmente facilitados pela troca de informações.

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência norte-americana e europeia são ricas em exemplos de como a transparência no mercado pode ser pró-competitiva, trazendo benefícios não apenas a fornecedores como também aos consumidores, aumentando o bem-estar.¹⁹

Sob a ótica dos fornecedores, os potenciais benefícios advindos de trocas de informações são vários, incluindo: (a) melhor compreensão do mercado e da estrutura de demanda, permitindo aos fornecedores que desenvolvam estratégias e sistemas de distribuição mais eficientes; (b) facilitação da entrada de novos fornecedores, uma vez que há melhores informações para avaliação de oportunidades; (c) melhor previsão por parte dos fornecedores dos níveis de demanda, proporcionando otimização de estoques; (d) troca de informações sobre custos permitem às empresas que comparem seu desempenho com o de concorrentes (*benchmarking*), o que possibilita a adoção de iniciativas de aumento de eficiência; (e) em mercados de alta tecnologia e inovação, caracterizados por altos custo em investimentos, a troca de informações pode ter efeitos positivos uma vez que a incerteza sobre desenvolvimentos futuros da demanda pode inibir investimentos em novos produtos.

18. A esse respeito ver: Capobianco, Antonio, op. cit., p. 1257; Gico Ivo T., op. cit., p. 413; Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE), op. cit., p. 28; Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE). Potential Pro-Competitive and Anticompetitive Aspects of Trade/Business Associations. 2011. p. 23. Disponível em: [[http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2011\)5&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2011)5&docLanguage=En)]. Acesso em: 08.10.2012.

19. A esse respeito ver: NAIR, Reena das; MNCUBE Liberty. The Role of Information Exchange in Facilitating Collusion- Insights from Selected Cases. Disponível em: [www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/10-year-review/parallel-3a/The-role-of-information-exchange-dasNairMncube140809-2.pdf]. Acesso em: 08.10.2012; CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1257; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), cit., p. 24 e 27; NITSCHKE, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von. Competitive Impacts of Information Exchange. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2004_6_reg_4056_86/note_on_information_exchange_en.pdf]. Acesso em: 08.10.2012.

Por sua vez, *do ponto de vista dos consumidores*, os benefícios trazidos pelo aumento da transparência também podem ser significativos, incluindo: (a) eliminação dos custos de procura do melhor produto/serviço entre as alternativas disponíveis, o que também permite que os consumidores façam escolhas melhores e mais informadas no momento da compra, resultando em aumento de concorrência entre os fornecedores; e (b) o aumento da transparência pode ter papel relevante impedindo resultados colusivos, já que torna disponível a potenciais reclamantes e *enforcers* informações úteis para detecção de conduta paralela.

3.2 Principais fatores a serem examinados

Segundo Antonio Capobianco,²⁰ uma revisão da prática da Comissão Europeia sobre trocas de informação demonstra que a Comissão baseia-se em dois fatores principais ao avaliar se determinada comunicação constitui uma restrição à livre concorrência, a saber (a) o tipo e características da informação que está sendo compartilhada; e (b) a estrutura do mercado onde os envolvidos na troca atuam. Além desses dois elementos, podem ser mencionados ainda dois outros, que se referem (c) às características do produto sobre o qual as informações são trocadas; e (d) à forma como a informação é compartilhada.

No que toca *ao tipo e características da informação compartilhada*, as autoridades concorrenciais em regra devem atentar para fatores como o “assunto” de que trata a informação, sua “idade”, “nível de agregação”, “nível de detalhamento”, e a “frequência” com que ela é trocada. Quanto ao “assunto”, informações sobre preços e quantidades futuras geralmente envolvem riscos maiores do que informações sobre custos e análises de demanda. Quanto à “idade” da informação, em regra informações sobre futuro possuem maior potencial colusivo do que informações históricas. No que toca ao “nível de agregação” e “nível de detalhamento”, informações desagregadas (isto é, separadas por empresa, segmento do mercado, região, entre outras) e detalhadas representam maior risco à concorrência do que informações agregadas e genéricas. Por fim, trocas de informações frequentes tendem a facilitar de forma mais efetiva a manutenção de um acordo do que contatos esporádicos.

No que toca à *estrutura do mercado em que se dá a troca de informações*, o nível de concentração é fator de grande relevância para se determinar se dado compartilhamento tem ou não potencial anticoncorrencial, uma vez que alcan-

20. CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1262.

çar e sustentar uma coordenação é muito mais fácil em mercados concentrados com poucos *players*. A extensão do mercado coberto pelo sistema de troca de informações também tende a ser relevante, uma vez que, caso a informação seja compartilhada por (quase) todos os *players* do mercado, isso reduziria a incerteza entre os *players*, facilitando o equilíbrio colusivo.

Com relação às *características do produto*, em teoria, a colusão de preços é mais facilmente alcançada, mantida e monitorada caso o acordo verse sobre produtos homogêneos. Caso os produtos possuam atributos como qualidade e durabilidade que sejam diferenciáveis, torna-se mais difícil para as empresas detectar se as variações nas vendas observadas devem-se a alterações de preferência dos consumidores ou a desvios por parte das empresas que participam do acordo na forma de descontos de preço secretos.

Por fim, a *forma como a informação é compartilhada* é geralmente levada em consideração pelas autoridades concorrenciais em sua análise. Empresas podem compartilhar informações diretamente, por meio de terceiros (associações de classe e empresas de auditoria, por exemplo) ou mesmo através da criação de mecanismos de compartilhamento público de informações. Embora o tema envolva controvérsias, caso as informações trocadas entre alguns concorrentes sejam disponibilizadas para os demais e para consumidores, as preocupações tendem a ser menores do que nos casos onde haja trocas privadas entre determinados *players*, especialmente se eles dominarem grande parte do mercado relevante. Ainda, caso as informações trocadas sejam genuinamente públicas, em regra o compartilhamento não irá gerar maiores preocupações concorrenciais.

3.3 *Publicação de guidelines e análise caso a caso*

A partir das tendências anti e pró-concorrenciais das trocas de informações considerando os diversos fatores envolvidos, autoridades concorrenciais de grande parte das jurisdições dedicam-se, em valiosa iniciativa, a oferecer parâmetros para o *enforcement* de tal prática a partir da publicação de *guidelines*, ou mesmo no âmbito sua prática jurisprudencial. Esforço semelhante é empreendido por organizações internacionais²¹ e doutrinadores²² que se dedicam ao assunto ao redor do mundo.

21. Nesse sentido ver Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE), cit., p. 12.

22. Como exemplos podemos citar: OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter. Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly. Denmark, nov. 2005. p.

Esses parâmetros gerais são de particular importância quando se está diante da perseguição pública de troca de informações, considerando que a análise concorrencial desse tipo de prática não é fácil e envolve uma gama de sutilezas. Assim, regras gerais sobre o assunto tem o significativo papel de conferir alguma segurança jurídica aos particulares e servir de ponto de partida para autoridades/empresas avaliarem a necessidade/oportunidade de punir/adotar determinado mecanismo de troca de informações.

No Brasil, dada a carência de precedentes jurisprudenciais sobre o assunto, não há parâmetros gerais estabelecidos.²³ No nosso entender, a formulação de *guidelines* pelas autoridades concorrenciais brasileiras sobre o assunto seria de extrema importância, para conferir segurança jurídica aos administrados e servir de ponto de partida para a análise de casos concretos. Ao endereçar em guias genéricos os casos mais clássicos em que trocas de informação entre concorrentes configurariam (ou não) práticas anticoncorrenciais, as autoridades nacionais poderiam estabelecer quase que presunções de ilicitude (ou licitude) de determinada conduta de troca de informação, sendo possível, obviamente, tanto às autoridades quanto aos particulares desconstituir tal presunção à luz das circunstâncias do caso concreto.

Considerando a complexidade envolvida na avaliação concorrencial de trocas de informação, e sem prejuízo dos nítidos benefícios que a publicação de *guidelines* sobre o assunto possa ter, não há como afastar a constatação de que a legalidade de determinada conduta só poderá ser examinada caso a caso. É assim que a jurisprudência internacional (especialmente nos EUA e Europa) tende a analisar a matéria.

Para aclarar o que se pretendeu demonstrar no presente capítulo, abordaremos abaixo, de forma meramente ilustrativa, alguns dos parâmetros con-

117. Disponível em: [<http://ideas.repec.org/p/kud/kuieci/2005-11.html>]. Acesso em: 08.10.2012; OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter. Transparency and Competition Policy. oct. 2006. p. 12-13. Disponível em: [http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros%26cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf#page=101]. Acesso em: 08.10.2012. KUHN, KA-UWE; VIVES, XAVIER, op. cit., p. 116-119.

23. Como única exceção, pode-se fazer referência à Cartilha “Combate a cartéis em sindicatos e associações”, publicada pela Secretaria de Direito Econômico em 2009. Embora focada no combate a cartéis propriamente ditos (e não troca de informações em sentido estrito) no contexto de sindicatos e associações, a Cartilha menciona a troca de informações como possível ilícito no contexto de sindicatos e associações e traz alguns critérios gerais sobre que tipos de trocas envolvem maiores preocupações, na linha do entendimento internacional sobre o assunto.

siderados com mais frequência quando se analisa a legalidade de certo mecanismo de troca de informações, incluindo (a) a agregação e detalhamento da informação trocada; e (b) a “idade” da informação trocada. Conforme se verá abaixo, as diretrizes gerais sobre o assunto, embora sejam valiosos pontos de partida, têm que ser aplicadas com a devida ponderação no caso concreto.

a) Nível de agregação e detalhamento da informação trocada

No *leading case* sobre o tema, o caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* de 1992, a Comissão decidiu condenar como violação ao art. 81 EC um sistema de troca de informações detalhadas sobre vendas de varejo e participações de mercado de oito fabricantes de tratores no Reino Unido.²⁴ Entre outros aspectos considerados pela Comissão para a condenação –²⁵ como a natureza concentrada do mercado, a natureza confidencial das informações trocadas, a frequência dos encontros das empresas na associação de classe – o nível de extremo detalhamento e desagregação das informações trocadas, quebradas por empresa, produto, região e período, foi de fundamental importância para a análise da Comissão.

Na visão da Comissão, o aumento de transparência em um mercado já concentrado impediria a concorrência residual secreta (efeito surpresa) entre os participantes do sistema de troca.²⁶ Na ausência de motivos por parte dos fabricantes de tratores que justificassem a troca desse tipo de informação no caso concreto, a Comissão concluiu que a prática seria anticoncorrencial.

Um outro caso em que a Comissão Europeia analisou a questão do nível de agregação das informações trocadas foi no precedente *CEPI-Cartonboard*.²⁷ No caso em questão, a Comissão revisou um sistema de troca de informações entre produtores de papel cartão, que permitiria à associação de classe reunir e disseminar informações estatísticas relevantes para seus membros. Apesar de o sistema apenas permitir trocas de informações estatísticas (sem disponibilização de informações individuais), a Comissão determinou a alteração do sistema por ele permitir, em certos casos, que as partes identificassem informações individuais por meio da análise dos dados agregados. Em particular, a Comissão

24. OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter, op. cit., p. 22.

25. CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1251-1252.

26. Idem, p. 1252.

27. Ver Commission's Notice pursuant to art. 19(3) of Regulation 17 (case n. IV/34.936/EI – Cepi-Cartonboard), in O. J. 1996, C 310/3.

solicitou que, quando apenas dois ou poucos fabricantes estivessem presentes em certo mercado geográfico ou de produto, os dados fossem agregados com de outros países ou outros produtos no mesmo país. Ou seja, a Comissão, diante das circunstâncias do caso concreto, afastou a presunção de que trocas de informações agregadas não representariam grandes riscos concorrenciais, concluindo pela não conformidade do sistema analisado com as normas de defesa da concorrência.

b) Momento ao qual a informação trocada se refere (passado vs. futuro)

Segundo a regra geral comumente encontrada em *guidelines* sobre o assunto, troca de informação sobre práticas futuras possuem maior potencial colusivo do que sobre dados passados.²⁸ No entanto, essa assertiva tem que ser entendida com as devidas ponderações.

Como afirmado anteriormente, a troca de informações pode originar ou facilitar comportamentos colusivos ao (a) facilitar um entendimento comum sobre os termos da coordenação; (b) auxiliar os agentes coordenados a monitorar se os termos do acordo estão sendo cumpridos; e (c) facilitar e reduzir os custos de punição de desvios.

Nesse sentido, trocas de informações sobre estratégias futuras das empresas teriam o potencial de facilitar um entendimento comum sobre os termos da coordenação.²⁹ Por outro lado, informações presentes e passadas (passado recente) sobre quantidades e preços praticados também possuem potencial colusivo, uma vez que podem auxiliar o monitoramento dos termos do acordo e reduzir os custos da punição de desvios.³⁰ Assim, apenas no caso de compartilhamento de informações históricas (de um passado mais distante) é que poderíamos dizer com alguma tranquilidade que o potencial colusivo inexistente ou existe em pequena escala. Segundo Kühn e Vives:

"The monitoring of past conduct is essential for sustaining collusive outcomes. While it is possible for firms to sustain collusive outcomes in the absence of the explicit communication about future conduct if past behavior can be monitored, it is impossible to sustain collusion in the absence of

28. A esse respeito ver: CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1263; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), cit., p. 12.

29. NITSCHÉ, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von, op. cit., p. 24; NAIR, Reena das; MNCUBE, Liberty, op. cit., p. 14.

30. NITSCHÉ, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von, op. cit., p. 25; NAIR, Reena das; MNCUBE, Liberty, op. cit., p. 14.

information about past behavior whether or not firms communicate about future conduct.”³¹

Outro ponto de suma importância a respeito da troca de informações sobre condutas futuras é o alcance da informação trocada; ou seja, se ela é compartilhada de forma privada entre determinados concorrentes ou se é também disponibilizada aos demais que não fazem parte do acerto e, mais importante, aos consumidores. As autoridades concorrenciais ao redor do mundo têm demonstrado alguma relutância em condenar anúncios públicos de empresas sobre preços futuros em razão dos potenciais benefícios para os consumidores no que toca à comparação de preços e ajuste de suas estratégias de compra.³² Se o anúncio, feito público, representa um compromisso para com o consumidor, essa circunstância tem que ser levada em consideração pela autoridade concorrencial.

No caso *Wood Pulp*,³³ a Comissão condenou uma série de produtores de polpa de madeira por colusão em anúncios de preço e trocas de informação. A decisão foi ao final reformada pela Corte Europeia de Justiça, que concluiu que se os preços são anunciados para o público e representam um compromisso, as chances de coordenação são menores. Segundo o Tribunal:

“they constitute in themselves market behavior which does not lessen each undertaking’s uncertainty as to the future attitude of its competitors. At the time when each undertaking engages in such behavior, it cannot be sure of the future conduct of the others”.³⁴

Essa fundamentação está consistente com a teoria econômica segundo a qual anúncios públicos de informações sensíveis tornam a demanda mais elástica e, assim, reduzem as chances de coordenação pelo lado da oferta.³⁵

Por sua vez, nos EUA, o *Department of Justice* – DOJ iniciou uma investigação contra a *Airline Tariff Publishing Company* (ATP), uma *joint venture* criada pelas oito maiores companhias aéreas norte-americanas, que reunia informações das companhias aéreas e as disseminava diariamente para as demais e para os maiores sistemas de reserva por computador usados por agentes de viagem. Assim, a ATP permitia às companhias aéreas responder de forma rápida aos preços anunciados pelas demais.

31. KÜHN, KA-UWE; VIVES, XAVIER, op. cit., p. 99.

32. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), cit., p. 34.

33. Ver C-89/85 etc., Ahkström and others vs. Commission [1993] ECR I-1307.

34. Ver parágrafo 64.

35. CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1263.

Segundo a acusação, a ATP serviria para coordenação de práticas futuras, de forma a eliminar as incertezas. Nesse sentido, a *joint venture* permitia aos seus membros realizar a chamada *cheap talk*; ou seja, realizar comunicações que não comprometiam as companhias com a observância de determinada conduta anunciada, mas, antes, permitia que elas negociassem resultados coordenados sem a necessidade de reuniões físicas. Caso o preço anunciado por uma companhia fosse seguido pelas demais, elas iam adiante e o implementavam. Do contrário, a implementação do que fora anunciado não ocorria. Uma vez que não representava um compromisso para com o consumidor, a prática foi considerada como uma mera discussão entre concorrentes sobre a conduta futura a ser adotada. O caso ATP foi concluído com a celebração de acordos com as empresas envolvidas, no contexto dos quais a prática investigada (ou qualquer outra com efeitos semelhantes) foi proibida.

Os dois precedentes trazidos acima, decididos em sentidos diferentes, demonstram como a idade da informação trocada (passado histórico, passado recente, presente ou futuro), bem como o grau de compromisso envolvido no anúncio de condutas futuras, pode influenciar de forma relevante a análise concorrencial de determinada conduta de troca de informações.

4. CONCLUSÕES

Com base em tudo o que foi examinado acima, as seguintes conclusões podem ser esboçadas:

a) A despeito da inexistência de jurisprudência do Cade sobre o tema, práticas de compartilhamento de informações entre concorrentes podem – e devem – ser investigadas e eventualmente punidas segundo as normas da Lei 12.529/2012, caso configurem alguma das hipóteses previstas no *caput* do seu art. 36;

b) Parâmetros gerais (*guidelines*) que sistematizem o entendimento comum sobre os efeitos típicos das diversas modalidades de troca de informação são de particular importância quando se está diante de persecução pública dessa conduta. Tais regras gerais teriam o significativo papel de conferir alguma segurança jurídica aos particulares e servir de ponto de partida para autoridades/empresas avaliarem a necessidade/opportunidade de punir/adotar determinado mecanismo de troca de informações.

c) Considerando a complexidade de avaliação concorrencial que trocas de informação podem envolver, e sem prejuízo dos nítidos benefícios que a publicação de *guidelines* sobre o assunto possa ter, não há como afastar a cons-

tatação de que a legalidade concorrencial de determinada conduta de troca de informação só poderá ser examinada no caso concreto, a partir de suas circunstâncias específicas. Os precedentes jurisprudenciais europeus e americanos discutidos acima corroboram essa conclusão.

5. BIBLIOGRAFIA

CAPOBIANCO, Antonio. Information Exchange Under EC Competition Law. *Common Market Law Review*. vol. 41. n. 5. oct. 2004.

GICO, Ivo T. *Cartel – Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007.

KÜHN, Ka-Uwe; VIVES, Xavier. *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*. Barcelona: Institut d'Anàlisi Econòmica (CSIC), jun. 1994.

NAIR, Reena das; MNCUBE, Liberty. The Role of Information Exchange in Facilitating Collusion – Insights from Selected Cases. Disponível em: [www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/10-year-review/parallel-3a/The-role-of-information-exchange-dasNairMncube140809-2.pdf].

NITSCH, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von. Competitive Impacts of Information Exchange. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2004_6_reg_4056_86/note_on_information_exchange_en.pdf].

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law*. 2010. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/48379006.pdf].

_____. Potential Pro-Competitive and Anticompetitive Aspects of Trade/Business Associations. 2011. Disponível em: [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2011)5&docLanguage=En].

OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter. Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly. Denmark, nov. 2005. Disponível em: [http://ideas.repec.org/p/kud/kuieci/2005-11.html].

_____; _____. Transparency and Competition Policy. oct. 2006. Disponível em: [www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros%26cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf#page=101].

Secretaria de Direito Econômico (SDE). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE, n. 3/2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prova emprestada nos processos administrativos para investigação da prática de cartel, de José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Juliana Maia Daniel e Ademir Antonio Pereira Júnior – *RIBRAC* 17/275;
- Cartéis e concorrência: estudo sobre a recuperação legislativa de conceitos de direito econômico no Brasil, de Aurélio Wander Bastos – *RDC* 23/104; e
- Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel, de Gustavo Madi Rezende, Solange Kleber e Maria Fernanda Caporale Madi – *RIBRAC* 20/399.