

## Como vender pizzas, carros e espaçonaves sem ferir a lei antitruste



**Eduardo Frade**  
advogado

### Inteligência de mercado

Numa palestra de *compliance* concorrencial, o meu sócio e professor da USP Vinícius de Carvalho certa vez contou a seguinte história para explicar o acesso a informações de concorrentes sob a ótica antitruste: quando criança, ele às vezes ia visitar um primo, que tinha uma pizzaria. O primo um dia entregou a ele uma lista telefônica e falou: "liga pra três pizzarias aqui no bairro e pergunta quanto tá a pizza de calabresa e a margherita". Com base na resposta e em outros fatores, o primo decidia por quanto iria cobrar as suas próprias pizzas. Como o primo tinha acessado e usado de forma direta informações de concorrentes, um dos alunos na palestra naturalmente perguntou: "Pode professor?". Resposta: "Pode, ué".

Antes de julgar o primo, note como isso é bem natural em qualquer mercado com concorrência. Quando você vai vender o seu carro, provavelmente a primeira coisa que faz é abrir os classificados e checar por quanto outros proprietários de veículos iguais ao seu estão anunciando os seus automóveis. Naquele momento, esses proprietários são concorrentes seus, disputando um comprador. E olhar os classificados é o jeito mais fácil e eficaz de você, de forma muito simples e natural, avaliar o posicionamento da oferta e da demanda, sentir quanto vale o seu produto e definir o seu preço.

Num contexto de grandes corporações, as simplórias pesquisas aqui exemplificadas dos vendedores de pizzas e de carros usados são replicadas em escala muito maior, ganham outros elementos e recebem um nome mais grandioso: inteligência de mercado. Ela é parte inerente à concorrência entre ofertantes de quase qualquer produto, de pizzas a espaçonaves. Mas o fato é que, em escalas maiores, o acesso a informações concorrencialmente relevantes, especialmente de rivais, tem em certos contextos sido alvo de crescente preocupação e escrutínio de autoridades antitruste mundo afora e no Brasil.



## Quando e por que certas informações são concorrencialmente sensíveis

Se inteligência de mercado é inerente ao processo competitivo, então por que acessar certas informações poderia ser preocupante aos olhos do direito antitruste?

É preciso dizer, primeiramente, que a disseminação e acesso a informações no mercado é, na maior parte das vezes, algo benéfico e pró-competitivo. Na verdade, uma das principais características de um ambiente pouco competitivo é justamente a assimetria de informações. Normalmente, quanto mais os compradores tiverem transparência sobre as condições de venda dos ofertantes, melhor poderão escolher; e quanto mais os ofertantes (incumbentes ou entrantes) tiverem acesso às necessidades da demanda e às falhas e vantagens dos rivais, melhor poderão se adaptar para concorrer. Isso é o motor básico da concorrência.

Dito isso, a literatura antitruste e agências de concorrência se preocupam, especialmente, com contextos de acesso a informações que possam encorajar, facilitar e viabilizar uma coordenação entre concorrentes, seja de forma explícita ou tácita. A tese é que, se rivais tiverem acesso a dados sensíveis do outro, poderão prever estratégias de oferta e precificação do concorrente, e muitas vezes tenderão a se adequar a elas de uma forma mais acomodada do que fariam sem o conhecimento dessa informação. Ou seja, precificar de forma semelhante ou pouco abaixo do rival, enquanto em outros contextos talvez precificassem muito abaixo. Nem sempre fazer isso dá certo ou é racional, mas algumas vezes pode ser. É esse difícil equilíbrio entre efeitos benéficos e maléficos do acesso a informações que o direito antitruste, com dificuldade, busca manter.

Ressalvadas várias nuances e necessidades de avaliação diante de cada caso concreto, a literatura<sup>i</sup>, os precedentes<sup>ii</sup> e, em certos casos, normas e guias<sup>iii</sup>, tem geralmente indicado que podem ser concorrencialmente sensíveis dados não-públicos, recentes e específicos de concorrentes como segredos de empresa, capacidade produtiva, faturamento, clientes, fornecedores, custos, despesas de P&D, estratégias comerciais e, em especial, dados de quantidades ofertadas e preços (*sell-in*).

Recentemente, a introdução do uso de algoritmos e outras ferramentas por empresas em alguns mercados, para coletar e aplicar dados na formatação de suas variáveis comerciais, tornou a discussão ainda mais complexa.

Por outro lado, tem-se aceitado que a maior parte dessas sensibilidades deixa de existir quando as informações são prévia e plenamente públicas, quando são antigas o suficiente ou quando sejam anonimizadas ou agregadas em um nível tal que lhes retire a utilidade como ferramenta para estratégias anticompetitivas.

Não, não é simples. É por isso que julgados de autoridades antitruste nem sempre são convergentes ou capazes de traçar diretrizes claras e objetivas, aplicáveis a todo e qualquer caso. E é por isso que empresas por vezes tem dúvidas e dificuldades com a formatação de ferramentas de inteligência de mercado.

## Incertezas quanto ao tratamento antitruste do acesso a informações como conduta autônoma

Trocas de informações entre concorrentes normalmente são parte intrínseca de qualquer conduta de



cartel. Cartéis *hard core* para fixar preços, restringir oferta, dividir mercados ou fraudar licitações são unanimemente condenados por legislações antitruste mundo afora, e em regra pressupõem trocas de informações sensíveis entre os rivais envolvidos. Claramente, não é esse o tipo de troca de informação que gera dúvidas na literatura e na jurisprudência. É o acesso ou a troca de informações como conduta autônoma, não claramente vinculada a um cartel ou a uma conduta coordenada explícita, que gera os maiores debates.

Alguns casos são limítrofes entre uma coisa e outra, e claramente tem gerado preocupações por parte de várias autoridades antitruste, incluindo a brasileira. O Cade ainda não condenou nenhum caso claro envolvendo trocas de informações como conduta autônoma, mas vem nos últimos anos explorando investigações nesse sentido. Em 2016, por exemplo, iniciou investigação por troca de informações entre concorrentes no mercado de partes automotivas<sup>iv</sup>, e em 2019, no mercado de corretagem de seguros aeronáuticos<sup>v</sup>. Recentemente, abriu investigação de alegadas trocas de informações sobre recursos humanos entre empresas do setor de saúde, sem necessariamente haver aparente evidência de alguma coordenação explícita.<sup>vi</sup>

Especialmente nos casos de trocas de informações como conduta autônoma, ainda há importantes discussões em aberto. A começar pelas dúvidas de alguns sobre o enquadramento e nível de reprovabilidade desse tipo de prática, quando ausente uma efetiva evidência de coordenação entre os concorrentes. A título de exemplo, o Tribunal do Cade, em julgamento recente (2020) de processo que investigava acusação de suposto cartel no mercado de sistemas de exaustão e componentes automobilísticos, acompanhou o entendimento do Relator, Conselheiro Sérgio Ravagnani, em que reconheceu ter havido troca de informações sensíveis entre os concorrentes, mas claramente distinguiu e separou essa prática de um cartel clássico, por não ter vislumbrado evidências de um acordo entre os concorrentes para fixar preços ou dividir mercados. A consequência prática no caso foi o reconhecimento de um prazo prescricional menor para a conduta em comparação a um efetivo cartel, o que gerou o arquivamento do processo.<sup>vii</sup>

Mesmo para aqueles que entendem a troca de informações sensíveis autônoma como uma conduta anticompetitiva ilícita própria, há no mínimo uma importante divergência, quanto ao seu tratamento analítico, probatório e sancionatório. Mais especificamente, algumas autoridades, como as estadunidenses, avaliam a conduta autônoma (ausente evidência de coordenação via acordo) sob a regra da razão — ou seja, sopesam as justificativas, benefícios e eventuais efeitos anticompetitivos, antes de concluir se há ali uma infração concorrencial a ser reprimida. Outras, sendo a principal a Comissão Europeia, adotam uma abordagem mais próxima da regra per se — ou seja, a mera troca de informações sensíveis diretamente entre concorrentes tende a ser considerada problemática, independentemente de uma consideração aprofundada de efeitos (embora, ao avaliar os precedentes concretos condenados na Europa, vários deles envolvam situações nas quais parece haver alguma evidência de coordenação, o que relativiza em algum grau a “autonomia” da troca das informações).

Finalmente, é evidente que existem várias outras discussões, desde debates sobre quais informações efetivamente são sensíveis, até características fáticas ou mercadológicas que, a depender do caso, podem ser mais permissivas a efeitos anticompetitivos ou, de outro lado, inviabilizar reais efeitos anticompetitivos.



Dada a franca abertura, incipiência, complexidade e divergência envolvendo esses debates, talvez a abordagem analítica menos radical ainda seja recomendável, mas é relevante ter em mente que algumas autoridades, incluindo a brasileira (especialmente sua unidade de investigações), tem adotado posturas mais agressivas.

### **A forma e o contexto de obtenção das informações importam**

Uma mensagem implícita ou explícita no discurso de várias autoridades tem sido de que a forma e o contexto da obtenção das informações importam. Não há, nem poderia haver, uma mensagem de que a inteligência de mercado é vedada, ou mesmo negativa. Mas o padrão dos casos investigados e não investigados mostra algum parâmetro nos contextos envolvidos.

A maior parte dos casos considerados preocupantes envolveu trocas de informações diretas entre concorrentes. Do lado oposto, são incomuns ou inexistentes casos em que a inteligência de mercado tenha sido obtida por meio de terceiros neutros, como institutos e empresas de pesquisa, cuja tarefa é justamente colher dados de mercado e apresentar relatórios de inteligência aos agentes interessados. É, normalmente, praxe desses pesquisadores aplicarem técnicas de dessensibilização das informações colhidas, antes de repassá-las aos clientes, por exemplo, anonimizando fontes, ou agregando as informações para não enviar dados demasiadamente específicos.

Um contexto intermediário são associações comerciais, setoriais e sindicatos. É usualmente parte intrínseca e legítima da função dessas congregações colher e sistematizar dados de mercado aos seus associados. Aqui, novamente, os cuidados com a coleta, tratamento e disseminação das informações são a chave. A ausência desses cuidados comumente leva esses agentes a figurar como partícipes no polo passivo de investigações de condutas colusivas, junto com seus associados, quando se verifica que a associação foi usada como veículo para trocas de informações com intuito de coordenação. Do lado oposto, a adoção de cuidados na pesquisa e produção de relatórios pode justamente criar uma fonte segura de inteligência de mercado para os seus participantes.

Para terminar, apenas um breve *disclaimer* a eventuais autoridades que desavisadamente se depararem com este artigo: esperamos que estas breves páginas tenham demonstrado que os vendedores de pizza e de carros usados aqui citados não cometeram nenhuma infração, e que a inteligência de mercado quase sempre é muito boa para a concorrência.

---

i Por exemplo: MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 152; OECD. *Information exchanges between competitors under competition law*. Competition Committee. Policy Roundtables, 2010.

ii CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE.

iii Por exemplo, art. 52 do Regimento Interno do Cade.

iv Processo Administrativo 08700.006386/2016-53.



v Processo Administrativo 08700.000171/2019-71.

vi Processo Administrativo 08700.004548/2019-61.

vii *“Assim, ainda que não haja dúvidas de que as informações eram concorrencialmente sensíveis e aptas a prejudicar a concorrência, entendo que os documentos não denotam a existência de um acordo. (...) Com efeito, destaco que, neste caso e a partir dos elementos por mim contextualizados acima, não é possível simplesmente presumir que a racionalidade por trás do compartilhamento de informações sobre metas de preços e descontos de produtividade em propostas de cotação tinham como objetivo fixar preços ou dividir mercados. Não há evidências adicionais que comprovem ou sinalizem que o acesso a essas informações tenham sido empregadas como instrumento para fixar preços de propostas, aumentá-los artificialmente, fixar taxa de remuneração ou alocar projetos entre os concorrentes, por exemplo. Por essas razões, entendo não estarem demonstrados os elementos de materialidade de um cartel. (...) “Por todo o exposto, entendo que o conjunto probatório é insuficiente para afirmar que a Meritor participou de um acordo entre concorrentes para fixação de preços, restrição de oferta ou divisão de mercado. Entendo que as provas, em especial os Documentos 12 e 13, indicam o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis com potencial lesivo à concorrência, nos termos do art. 20, inciso I, c/c com o art. 21, inciso V, da Lei nº 8.884/1994, correspondente ao art. 36, inciso I, c/c seu § 3º, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011. Dessa forma, conforme exposto no item I.4 acima, “Prejudicial de mérito: prescrição da pretensão punitiva”, considerando que a prescrição da pretensão punitiva para casos de troca de informações sensíveis é de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 46, caput, da Lei nº 12.529/2011, voto pelo acolhimento da prejudicial de mérito de prescrição da pretensão punitiva em relação à Representada (...)”.* (Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74. Voto do Conselheiro Sérgio Ravagnani, j. 26.08.2020).

## Date Created

30/04/2021