

Revelação unilateral de informações como conduta anticompetitiva

20/12/2021

Já falamos aqui nesta coluna sobre como o acesso e compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis podem ser alvo de preocupação antitruste, notadamente como meio de encorajar e viabilizar uma coordenação entre concorrentes, seja de forma explícita ou tácita.[i] A preocupação das autoridades se mantém mesmo na ausência de qualquer acordo explícito entre os rivais. A tese subjacente 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.



Eduardo Frade
advogado

O tema não é de fácil apreensão, já que não é sempre fácil distinguir

trocas de informações eficientes e legítimas – como uma ferramenta de inteligência de mercado bem estruturada – de trocas ilegais. No entanto, é evidentemente mais intuitivo perceber que dois ou mais concorrentes trocando informações entre si é algo que pode gerar sensibilidades.

Contudo, crescentemente as autoridades antitruste dão recados de que não são apenas trocas bilaterais que podem ser problemáticas. Uma mera revelação unilateral de informação por parte de um agente de mercado pode dar ensejo a uma investigação antitruste.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) deixou isso claro na última semana, ao instaurar processo administrativo por infração à ordem econômica[ii] contra um empresário do mercado sucroalcooleiro que, participando de um seminário com a presença de outros concorrentes, se pronunciou de uma forma que, no entender da autoridade concorrencial, poderia gerar potenciais efeitos anticompetitivos. Em suma, o empresário teria sugerido "tentar

fazer esse ordenamento de oferta", e recomendado fazer reuniões mensais entre os concorrentes. Ao que tudo indica, a investigação do Cade que seguiu não constatou que de fato tenha havido tais reuniões, acordos ou um reordenamento da oferta. O que será julgado é, realmente, o exclusivo fato de um concorrente ter externado essa ideia a outros rivais. É uma fala sendo julgada como infração concorrencial. O direito concorrencial classifica essa conduta como "revelação unilateral de informações" com potencial anticompetitivo.

É inusitado, mas não é um instituto novo nem desconhecido. Em 2012, o comitê de concorrência da OCDE devotou uma *roundtable* inteira ao tema (*unilateral disclosure of information with anticompetitive effects*).^[iii] Nos EUA, existem precedentes bem estabelecidos que já condenaram esse tipo de conduta, a exemplo do caso *FTC vs. Valassis Communications*,^[iv] em que a empresa foi julgada por ter revelado a sua futura estratégia de preços numa conferência telefônica pública, na qual também estava presente na plateia a principal concorrente da Valassis. A empresa fez um acordo com o FTC se comprometendo a não mais incorrer em práticas similares.

Tampouco esse novo caso é o primeiro a ser investigado pelo Cade. Em 2020, a Superintendência-Geral abriu investigação contra a BRF e a JBS, após matéria do *Valor Econômico* que noticiava que executivos das duas companhias teriam dado declarações alertando que, com a alta dos preços do milho, as agroindústrias de aves e suínos teriam que repassar a alta aos consumidores. O caso ao final foi arquivado, após a SG entender que não foram "identificados nos conteúdos aqui expostos elementos que configurem troca de informações concorrencialmente sensíveis que possam resultar em sinalização de aumento de preços ou revelação unilateral de informações".^[v]

O Cade também investigou e processou conduta do presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo (Sincopetro), que em entrevistas a jornais de grande circulação teria revelado informações precisas sobre reajuste de preços de gasolina na revenda.^[vi] O caso teve pareceres pela condenação em todas as instâncias na autarquia, mas ao final restou arquivado pelo Tribunal, demonstrando a controvérsia e dificuldade de análise das condutas de revelação unilateral de informações.

Fato, porém, é que o recado da unidade de investigação do Cade tem sido claro, conforme externado em sua mais recente nota técnica sobre a matéria: "A mera divulgação unilateral, por parte de agente econômico, de informações futuras sobre dados comerciais concorrencialmente sensíveis pode configurar uma infração à ordem econômica". O próprio Cade, citando a OCDE, também lança o que talvez seja a principal pergunta relacionada a essa espécie de conduta: "como distinguir práticas legítimas, como o anúncio de preços ao mercado, de outras que ofereçam aos rivais um ponto focal para facilitar a colusão?".

Buscando dar alguma objetividade a uma análise notadamente subjetiva, a Superintendência-Geral do Cade tem usado como parâmetro a jurisprudência americana, e lança os seguintes parâmetros analíticos: "a) a natureza e a quantidade da informação revelada; b) a especificidade e o contexto da informação revelada, i.e., informações sobre a disposição de aumentar preços num dado montante ou de diminuir a quantidade produzida têm maior probabilidade de provocar danos concorrenciais do que informações menos específicas; c) se a

informação é revelada para o público ou apenas comunicada privadamente para os concorrentes; d) se o setor em questão é concentrado; d) se existem razões pró-competitivas legítimas para sua divulgação”.

No julgamento do caso Sincopectro, o Tribunal do Cade também estabeleceu alguns parâmetros importantes. O principal deles foi a confirmação de que esse tipo de conduta deve ser analisado pela regra da razão, ou seja, sopesando justificativas e a potencialidade ou não de efetivos efeitos anticompetitivos derivados da manifestação unilateral de informações. Em seguida, estabeleceu-se o método de análise sugerido pela OCDE, com base em três critérios principais: a natureza, o conteúdo e o contexto da divulgação.

A avaliação continua sendo significativamente subjetiva, o que certamente demanda cuidados por parte dos interlocutores de empresas em comunicados ao mercado, participações em eventos públicos ou privados, manifestações à imprensa e assim por diante. É notável que, no processo administrativo instaurado pelo Cade na semana passada, verifique-se que a Superintendência-Geral escrutinou com detalhes todo o conteúdo do seminário, que foi transmitido online, avaliando fala por fala de todos os palestrantes e participantes, ao estilo “*big brother is watching you*”.

Divulgações privadas a poucos grupos, especialmente com a presença de concorrentes, são tomados como mais sensíveis que comunicados ao público em geral, que inclui clientes e consumidores. A fundamentação para a divulgação também deve ser baseada em razões legítimas de negócio, devendo-se evitar intuítos de sinalização de ações a concorrentes, especialmente sobre estratégias futuras. Como sempre, conteúdos concorrencialmente sensíveis, como por exemplo os que envolvem informações detalhadas de preços, oferta ou custos, devem ser alvo de especial cuidado.

Sem dúvida seria benéfico haver por parte das autoridades de concorrência, com o devido tempo, guias mais claros a serem seguidos pelos agentes privados. É o que a OCDE sugere em seu *paper* sobre a matéria:

Companies are often required to disclose various types of information about their business and performance. Given these obligations and the general efficiency enhancing effects of greater transparency, businesses would welcome competition agencies providing guidance on the legality of information disclosure in various contexts. While per se type prohibitions may not be suitable in this area, the use of safe harbours could be considered.[vii]

Cuidado com a língua.

[i] FRADE, Eduardo. ConJur – Como vender pizzas, carros e espaçonaves sem ferir a lei antitruste. 2021.

[ii] NOTA TÉCNICA Nº 8/2021/CGAA9/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo nº 08700.005439/2021-31.



[iii] OCDE. Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects (oecd.org). 2012

[iv] FTC vs. Valassis_Complaint_060314cmp0510008.

[v] NOTA TÉCNICA Nº 6/2020/SG-TRIAGEM CONDUTAS/SGA2/SG/CADE, PP nº 08700.000416/2020-02.

[vi] Processo Administrativo: 08700.009858/2015-49.

[vii] OCDE. Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects (oecd.org). 2012

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-dez-20/revelacao-unilateral-informacoes-conduta-anticompetitiva/>