



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

BERNARDO QUEZADO RODRIGUES SILVA

DA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS
NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO:
um estudo sobre o entendimento do CADE acerca da autonomia da conduta

Brasília
2023

BERNARDO QUEZADO RODRIGUES SILVA

**DA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS NO
DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO:**

um estudo sobre o entendimento do CADE acerca da autonomia da conduta

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da
Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão.

Brasília

2023

QQ5t

Quezado Rodrigues Silva, Bernardo
DA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS NO
DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO: um estudo sobre o
entendimento do CADE acerca da autonomia da conduta /
Bernardo Quezado Rodrigues Silva; orientador Ana Frazão.
-- Brasília, 2023.
95 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2023.

1. Direito concorrencial. 2. Troca de informações
concorrencialmente sensíveis. 3. Conduta autônoma. I.
Frazão, Ana , orient. II. Título.

BERNARDO QUEZADO RODRIGUES SILVA

**DA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS NO
DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO:**

um estudo sobre o entendimento do CADE acerca da autonomia da conduta

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 05 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão
Orientadora

Prof. Dr. Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann
Examinador

Prof. Dr. Fernando de Magalhães Furlan
Examinador

Aos meus pais e irmãos, que, mesmo diante de intempéries e tempestades, me ajudam a navegar nesse oceano de incertezas que é a vida.

AGRADECIMENTOS

Há uma célebre frase de Sêneca que diz que “quem acolhe um benefício com gratidão, paga a primeira prestação de sua dívida”. Pois bem, a verdade é que estou endividado e não existem meios para quitar a enorme dívida que possuo com todos aqueles que engrandeceram e tornaram inesquecível a minha jornada até aqui. Mesmo consciente desse fato, aqui estou para expor e ratificar todo o meu carinho e gratidão por todas essas pessoas que agregaram algo em minha vida. Que tais sentimentos sinceros possam, ao menos, ser suficientes para saldar a primeira parcela mencionada e, desse modo, amortizar um pouco desse meu infundável débito.

Assim sendo, não posso iniciar os agradecimentos a outra entidade que não a minha família, a quem devo a minha existência e todas as condições morais e psicológicas para chegar aonde cheguei e chegarei. Ao meu pai, Claudio Segala, à minha mãe, Suzana Quezado, aos meus irmãos, Victor Quezado e Claudio Segala Filho, às minhas queridas avós, Vó Lourdes e Vó Nica (*in memoriam*), aos meus inúmeros tios e tias, os quais ocupariam páginas e páginas se citasse nominalmente cada um deles, agradeço imensamente por estarem sempre ao meu lado para apoiar, aconselhar, ensinar, rir e, quando necessário, criticar. Sou muito grato pelo ambiente saudável e amistoso que cresci e creio que nada seria possível sem o alicerce de vocês.

Referente à Academia, agradeço imensamente a minha orientadora, Profa. Dra. Ana Frazão, pela qual tenho muita admiração e respeito. Muito obrigado por todas as conversas, observações e ideias que contribuíram - e muito - com meus raciocínios durante as aulas e na redação deste trabalho. Ademais, ainda no âmbito da Universidade, impossível não mencionar os/as Professores/as Amanda Athayde, Andrea Cabello, Angelo Gamba, Argemiro Cardoso, Carlos Elias, Cristiano Paixão, Douglas Pinheiro, Fabiano Hartman, João Costa Neto, Lílian Manoela, Manoel Jorge, Paulo Santos e Talita Rampin; que igualmente marcaram minha trajetória acadêmica. Agradeço cada um de vocês pelas aulas de excelência e por todos os conhecimentos adquiridos.

No âmbito profissional, declaro, primeiro, meu mais honesto obrigado para a família do Gabinete 6 do CADE (2019 – 2023), nas pessoas de Luiz Hoffmann, minha referência técnica e profissional, Rafael Parisi, Lucas Barrios, Nathalia Serra, Gabriel Lima e Ingrid Soares. Obrigado por me concederem minha primeira experiência profissional, e me oportunizarem reais possibilidades de aprendizado e desenvolvimento. Em que pese a pandemia, o ambiente me marcou bastante. Além disso, também agradeço o escritório Almeida Prado e Hoffmann

Advogados, nos nomes de Nathalie Frias, Renato Castro e Pedro Lacerda; onde tenho a oportunidade diária de me aprimorar e agradeço por todo o suporte que sempre me foi dado.

Ademais, também não poderia jamais esquecer dos amigos que compartilharam essa longa caminhada ao meu lado. Aos meus amigos jurídicos mais próximos, nas pessoas de Angélica Vettorazzi, Clarice Oliveira, Gabriel Richer, Letícia Borges, Luíza Ramagem, Mateus Nishimura, Paulo Spies e Verônica Fonseca; aos demais amigos sempre presentes nas aulas e conversas na Faculdade de Direito, Airana Avohay, Ana Gabriela, Artur Cochito, Camila Cristina, Giovanna Carvalho, Helena Veras, Henrique Rosek, Marcos Vitor, Mariana Botelho, Marianna de Freitas, Pedro Castro e Pedro Trajano; aos incontáveis amigos que fiz e me acompanharam na Olímpia, na Advocatta, no Grupo de Estudos de Arbitragem (GEA), na equipe da UnB para disputa do WICADE, e, até mesmo, no totó; aos meus amigos de longa data da escola e de futebol, em especial nos nomes de Giuliano, Gustavo Sales, Maurício Libório, Pedro Kifer e Vinícius Zandonai; e, por fim, aos meus amigos do meu inesquecível período na Bélgica, Deogracias, Giuseppe, Joseph, Júlia Gomes e Larissa Dutra; muitíssimo obrigado por tornarem esse processo mais leve ao compartilharem risadas, medos e experiências, memórias estas que serão, com toda a certeza do mundo, guardadas por toda eternidade comigo. Histórias certamente não faltaram ao lado de vocês!

Por último, não posso deixar de citar o clube Botafogo de Futebol e Regatas, o qual torço e acompanho fielmente desde os anos iniciais da minha vida. Registro, aqui, meu inesgotável amor à instituição mais gloriosa e tradicional do Brasil, em que pese o estresse diário que me causa. Agradeço por ser um escolhido da Estrela Solitária.

Enfim, a todos, espero que recebam com carinho o pagamento da primeira prestação da minha infundável dívida. Acrescento que, aos que que cometi a injustiça de não mencionar pelo nome, estarei mais do que disposto, a qualquer momento, a retratar pessoalmente esse meu débito.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar o entendimento do CADE em relação à troca de informações concorrencialmente sensíveis enquanto conduta autônoma. Mais especificamente, o trabalho propôs-se a verificar se a autarquia reconhece a existência dessa prática independente e, se sim, como a entidade tem trabalhado para diferenciar a referida prática de outras condutas similares que envolvem troca de informações. Para isso, partiu-se de uma revisão bibliográfica sobre o conceito de “troca de informações” e “informações sensíveis”, bem como foram abordados outros aspectos técnicos tidos como basilares para o prosseguimento deste estudo. Em seguida, com fins de endereçar os questionamentos acima elencados, este trabalho dedicou-se ao escrutínio da Lei 12.529/2011, legislação a qual o CADE está vinculado, assim como ao exame dos julgados existentes acerca da conduta em apreço. Nesse tocante, averiguou-se que (i) a legislação não trata da temática de maneira individual em seu rol de ilícitos concorrenciais, e (ii) o Tribunal Administrativo do CADE não possui precedente específico sobre a troca autônoma, não havendo jurisprudência formada e consolidada acerca do tema. De toda maneira, optou-se por esmiuçar os poucos entendimentos sobre a autonomia da conduta emitidos ocasionalmente em notas técnicas da Superintendência-Geral do CADE e em votos do Tribunal, a fim de se avaliar algum posicionamento predominante da autoridade. Ao longo da análise, restou evidente que a entidade reconhece a existência da conduta autônoma enquanto ilícito concorrencial, entretanto tem tido dificuldade em estabelecer um consenso em relação aos elementos que a diferenciariam de um cartel. Notou-se, por conseguinte, um claro prejuízo ao princípio da segurança jurídica, implicando em custos desnecessários aos agentes econômicos no exercício de suas atividades empresariais. Ao final, ressaltou-se a imprescindibilidade de um posicionamento mais elucidativo por parte da autarquia.

Palavras-chave: Direito concorrencial. Antitruste. CADE. Troca de Informações. Informações sensíveis. Conduta autônoma.

ABSTRACT

This undergraduate thesis aims to analyze the understanding of CADE regarding the exchange of competitively sensitive information as a stand-alone practice. Specifically, the study set out to determine whether the regulatory agency acknowledges the existence of this independent practice and, if so, how the entity has worked to differentiate this practice from other similar behaviors involving information exchange. To achieve this, the research began with a literature review on the concept of "information exchange" and "sensitive information," as well as addressing other technical aspects considered fundamental for the continuation of this study. Subsequently, in order to address the above-mentioned questions, this work focused on scrutinizing the Law 12.529/2011, the legislation to which CADE is linked, as well as examining the existing judgments related to this specific conduct. In this regard, it was found that (i) the legislation does not individually address the theme in its list of anticompetitive offenses, and (ii) the Administrative Tribunal of CADE does not have a specific precedent on stand-alone practices of exchange of information, in a way that there is no established and consolidated jurisprudence on the subject. Nevertheless, the study chose to delve into the few insights about the autonomy of the conduct occasionally issued in technical notes from the General Superintendence and in the Tribunal's votes, aiming to assess any prevailing stance of the authority. Throughout the analysis, it became evident that the entity recognizes the existence of autonomous conduct as an anticompetitive offense, but has difficulty establishing a consensus regarding the elements that would differentiate it from a cartel. Consequently, a clear detriment to the principle of legal certainty was noted, resulting in unnecessary costs for economic agents in the exercise of their business activities. In conclusion, the indispensability of a more elucidative position from the regulatory agency was emphasized.

Keywords: Competition Law. Antitrust. CADE. Information Exchange. Sensitive Information. Stand-alone practice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
I. DA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS ENQUANTO CONDOTA AUTÔNOMA.....	16
I.1. Noções introdutórias	16
I.1.1. Troca de informações entre concorrentes: conceito, contextos e modalidades	16
I.1.1.1. Conceito e contextos de troca de informações entre concorrentes	16
I.1.1.2. Modalidades de trocas de informações entre concorrentes	20
I.1.2 Informações concorrenciais sensíveis: conceito e características.....	23
I.2. Efeitos e metodologias de análise da troca de informações entre concorrentes	31
I.2.1. Noções introdutórias sobre metodologias de análise: regra per se, regra da razão, ilícito por objeto e ilícito por efeitos.....	31
I.2.2. Efeitos das trocas de informações entre concorrentes e metodologia de análise aplicada	35
I.3. Contextos: similitudes e diferenças.....	38
I.3.1. Considerações iniciais.....	38
I.3.2. Cartel	39
I.3.3. Acordos de cooperação.....	44
I.3.4. Gun Jumping.....	45
I.3.5. Troca de informações entre concorrentes enquanto conduta autônoma	47
II. DO ENTENDIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO ACERCA DAS TROCAS DE INFORMAÇÕES SENSÍVEIS.....	50
III.1. Legislação e normas brasileiras sobre repressão de condutas anticompetitivas e a troca de informações entre concorrentes	50
III.2. Posicionamento do CADE: Superintendência-Geral e Tribunal Administrativo	53
III.2.1. Considerações iniciais.....	53
III.2.2. Procedimentos administrativos relacionados a troca autônoma de informações sensíveis	58
III.2.2.1. Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53.....	58
III.2.2.2. Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00.....	62
III.2.2.2. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41.....	65
III.2.2.4. Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10.....	66
III.2.2.5. Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73.....	68
III.2.2.6. Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74.....	70

III.2.2.7. Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71.....	72
III.2.2.8. Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88.....	74
III.2.2.9. Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61.....	76
III.2.3. Conclusões sobre o posicionamento do CADE	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

A informação é um recurso valioso e central para o exercício da atividade empresarial desde sempre. O acesso a dados, processados e transformados em informações úteis, gera valor para a atividade econômica¹, o que assegura a constituição, a operacionalização e a competição das empresas. A sua já conhecida importância, importa dizer, alcançou patamares ainda maiores no decorrer do último século, período no qual a informação passou a ter ainda mais notoriedade, tendo em vista a relevância que adquiriu em face dos novos contextos econômicos.

Durante a “Era da Informação”, por exemplo, expressão utilizada para caracterizar o período iniciado ao final do século XX diante de novas tecnologias, a informação revelou-se verdadeira fonte de produtividade e poder². Por sua vez, em uma economia movida a dados, tal qual a atual, a informação passa a figurar como ativo econômico fundamental para, inclusive, determinar a sobrevivência de empresas e, até mesmo, a existência de mercados e setores econômicos inteiros, como nos casos dos mercados digitais.

Nesse tocante, em virtude da mencionada necessidade das empresas buscarem dados, o intercâmbio de informações entre empresas – seja em mercados digitais, seja em mercados tradicionais - não é só natural, como também esperado³. Trata-se, pois, de uma forma de permitir que as empresas possam concorrer adequadamente em seus respectivos mercados relevantes, posto que o acesso a novos dados possibilita a uma empresa a elaboração de novas e melhores estratégias comerciais perante os demais *players*.

Não obstante, a mesma prática de partilha de dados que confere uma competitividade entre as empresas também pode apresentar efeitos adversos à concorrência. A depender das informações intercambiadas, tal comportamento pode culminar em ilícitos concorrenciais bastante danosos ao respectivo mercado, sendo o mais conhecido exemplo disso o cartel. Em outras palavras, a referida prática pode levantar preocupações concorrenciais.

¹ FRAZÃO, Ana. **Big data e concorrência**: principais impactos sobre a análise concorrencial (parte 1). Novembro, 2017a. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2017-11-29-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023. p. 2.

² SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. **O Direito da Concorrência na economia movida a dados**: uma análise dos impactos do Big Data no controle de estruturas do setor digital. Orientador: Ana de Oliveira Frazão. 2019. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23511/1/2019_LuizaMendoncaDaSilvaBeloSantos_tcc.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023. p. 11.

³ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Information exchange**: be reasonable. December, 2014. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2014/12/information-exchange-be-reasonable>>. Acesso em: 27 out. 2023.

Tal preocupação com a troca de informações entre concorrentes, vale notar, não é nova. A esse respeito, o economista Adam Smith já registrava no século XVIII, em seu livro “A Riqueza das Nações”, seus receios em relação às conversas e às trocas entre indivíduos de um mesmo mercado ao apontar que “[p]essoas de um mesmo ramo de atividade raramente se reúnem, mesmo por alegria ou diversão, sem que a conversa termine em uma conspiração contra o público, ou algum artifício para aumentar os preços”⁴.

Dado o temor antigo de danos concorrenciais por troca de informações entre concorrentes, tal prática tem sido objeto de estudo há anos de toda a comunidade antitruste. Dentre as várias ponderações sobre o tema, que serão discorridas mais adiante, organizações e autoridades da concorrência mundo afora expressamente reconhecem uma modalidade incomum de troca de informações ilícitas, qual seja a troca de informações sensíveis enquanto conduta autônoma. Isto é, a prática pura e independente, sem estar atrelada a outras infrações “maiores”, como os cartéis.

O mesmo entendimento da existência da infração autônoma, entretanto, não resta claro no posicionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), uma vez que não se visualizam *a priori* grandes julgados sobre o assunto. A impressão que se tem, em um primeiro momento, é que a entidade não considera a troca de informações sensíveis como um ilícito independente, sempre vinculando tal troca a outra prática ilícita tida como “maior”. Fato é que, mesmo que não seja o caso, a instituição não parece ter consolidado publicamente qualquer entendimento acerca da conduta autônoma.

Sob esse contexto, o presente trabalho propõe-se precipuamente a esclarecer (i) se o CADE também admite a troca autônoma de informações sensíveis, e (ii) se sim, como o representante brasileiro responsável pela defesa econômica do país tem entendido pela sua aplicação e diferenciação diante de outras condutas parecidas.

A pesquisa, portanto, se justifica, na medida em que se faz relevante elucidar o posicionamento da autarquia diante dessa prática, tendo em vista que as empresas podem estar sujeitas a penalizações e investigações pela respectiva autoridade. A ausência de uma manifestação cabal sobre a temática repercute negativamente para as empresas que precisam

⁴ SMITH, Adam apud. RODRIGUES, Alexandre Amaral. **Ambição e prudência:** os sistemas econômicos de Adam Smith. Orientadora: Profa. Dra. Maria das Graças de Souza. 2017. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-02022018-114751/publico/2017_AlexandreAmaralRodrigues_VCorr.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023. p. 217 (pdf).

ter mais segurança nas suas atividades. Logo, o presente trabalho buscará explicitar em qual conjuntura o direito concorrencial brasileiro está acerca da referida conduta.

Além disso, importante destacar que, em uma economia digital, o posicionamento das autoridades sobre o gerenciamento e administração dos dados são tão cruciais quanto as decisões emitidas sobre a gestão de terras ou indústrias na era agrícola e industrial, respectivamente⁵. Tal fato reforça a relevância de se expor a posição do CADE no que diz respeito à troca de informações independentes.

Em relação à metodologia, esta monografia pautar-se-á pela realização de uma abordagem qualitativa, baseada em uma revisão bibliográfica e uma pesquisa documental. No que se refere à revisão bibliográfica, analisar-se-ão materiais diversos que discorram sobre a prática de troca de informações sensíveis sob diferentes ângulos, assim como doutrinas sobre o direito concorrencial brasileiro. Já, em relação à pesquisa documental, focar-se-á no exame de casos variados do CADE que trataram, em maior ou menor medida, sobre a temática em apreço.

Salienta-se, desde já, que, considerando que não se visualizam *a priori* grandes julgados sobre a troca de informações sensíveis enquanto prática independente, buscar-se-á identificar menções a casos brasileiros eventualmente citados em artigos e doutrinas especializadas, assim como se procurará realizar em complemento um levantamento de outros casos na Pesquisa Pública do CADE por meio da utilização das palavras-chave como “informações sensíveis”, “troca de informações”, “autônoma/o”, *etc.* Tal metodologia de levantamento de casos será mais bem aprofundada, quando da discussão dos procedimentos administrativos.

No tocante à organização, por sua vez, o presente estudo estrutura-se em dois capítulos principais, para além desta introdução e das considerações finais. O primeiro, denominado de “Da troca de informações concorrencialmente sensíveis enquanto conduta autônoma”, terá por objetivo elucidar conceitos, noções gerais e aspectos técnicos da referida prática que se relacionam, em algum grau, com a problemática exposta. Dessa forma, buscar-se-á compreender (i) o que consiste a troca de informações, com enfoque na conduta autônoma, (ii) o que são e o que caracterizam, em específico, informações sensíveis para o direito concorrencial; (iii) os efeitos à concorrência decorrentes dessa conduta, e (iv) o porquê da mencionada prática ser confundida e absorvida por outras condutas consideradas “maiores” e quais seriam os aspectos diferenciadores.

Formada a base norteadora deste trabalho, o segundo capítulo - “Do entendimento do CADE acerca da troca de informações sensíveis” – destinar-se-á especificamente ao assunto

⁵ ROSS, 2016 apud FRAZÃO, op cit. p. 1 (pdf).

afeto a esta monografia. Mais especificamente, o capítulo terá por finalidade analisar (i) a abordagem da legislação sobre o tema; e, principalmente, (ii) a posição da autoridade antitruste brasileira por meio de análise de procedimentos administrativos em que a temática foi minimamente discutida.

Ao fim e ao cabo, serão apresentadas as considerações finais, onde serão sumarizados os principais achados desta monografia.

I. DA TROCA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS ENQUANTO CONDUTA AUTÔNOMA

I.1. Noções introdutórias

I.1.1. Troca de informações entre concorrentes: conceito, contextos e modalidades

I.1.1.1. Conceito e contextos de troca de informações entre concorrentes

O entendimento sobre a troca de informações entre concorrentes parece, a princípio, intuitivo – ao menos, no que diz respeito a uma visão superficial da conduta. Isso porque, conforme esclarecem Alden Caribé de Sousa, Fernanda Garcia Machado e Alexandre Cordeiro Macedo no *Global Dictionary of Competition Law* da renomada revista *Concurrences*, a troca de informações entre concorrentes nada mais é do que a situação na qual “empreendimentos concedem ou recebem reciprocamente relatórios ou detalhes sobre informações comerciais relevantes”⁶.

Em linguagem mais técnica, a *Bulgarian Commission on Protection of Competition*, autoridade antitruste búlgara, e a Confederação das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (“UNCTAD”), em guia completo e coerente sobre o assunto, esclarecem que a referida prática corresponde “em sua natureza competitiva e legal, [...] [a] uma forma de cooperação horizontal entre competidores, por meio do qual são oferecidos, entre eles, direta ou indiretamente, unilateral ou bilateralmente, dados históricos, atuais ou futuros acerca de importantes parâmetros de suas atividades econômicas”⁷.

Ou seja, a prática de troca de informações entre concorrentes é o que o próprio termo sugere: uma repartição de informações comerciais entre os próprios competidores, que, como notório, pode ocorrer de diversas maneiras. Trata-se, pois, de uma expressão genérica e ampla que abrange uma série de possibilidades e de situações que envolvam algum nível de partilha de dados relevantes entre os concorrentes.

A respeito dessa abrangência, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), em material referência acerca da conduta em comento, elucida que a

⁶ Tradução livre de “Exchange of information occur when undertakings reciprocally provide or receive fact reports or details about business valuable information”. SOUSA, Alden Caribé de; MACHADO, Fernanda Garcia; MACEDO, Alexandre Cordeiro. Exchanges of information. *Global Dictionary of Competition Law. Concurrences*. 2022. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/dictionary/exchange-of-information>>. Acesso em: 03 out. 2023.

⁷ Tradução livre de “In its competitive and legal nature information exchange is a form of horizontal cooperation between competitors. by means of which they offer to each other, directly or indirectly, unilaterally or bilaterally, historic, current or future data on important parameters of their economic activity”. SOFIA COMPETITION FORUM. **Guidelines on Information Exchange Between Competitors**. Sofia, 2013. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/non-official-document/ccpb_SCF_InfoSharing_en.pdf>. Acesso em: 04 out. 2023. p. 7 (pdf).

referida prática de troca de informações, correspondendo genericamente às interações entre concorrentes, abarca desde infrações altamente recrimináveis pela defesa da concorrência até práticas consideradas legítimas e potencialmente pró-competitivas ao mercado⁸.

Essa amplitude da prática é ratificada pela *Federal Trade Commission* (“FTC”) e pela Comissão Europeia (“CE”) em seus respectivos guias sobre o compartilhamento de dados entre concorrentes. No primeiro caso, a autoridade antitruste estadunidense observa que a partilha de informações consiste em uma forma de colaboração entre competidores e pondera que, diante de tantas situações possíveis, ela pode tanto gerar benefícios ao mercado quanto eventualmente ocasionar danos à concorrência e aos consumidores ao facilitar condutas anticompetitivas, tais como colusões⁹.

No segundo caso, a CE ressalta, da mesma forma, que a troca de informações entre concorrentes pode se dar das mais variadas formas e sob diferentes contextos, tendo a possibilidade de trazer ganhos de eficiência, mas também virtuais restrições à competição nas hipóteses em que for possível elaborar estratégias com os demais participantes do mercado¹⁰.

O próprio CADE, importante destacar, também admite expressamente o fato que o escopo de comportamentos relacionados a trocas de informações entre concorrentes inclui práticas aceitáveis e outras prejudiciais ao mercado. Em que pese não seja tema central do material e esteja discutindo especificamente a prática de *gun jumping*, o “Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração” chama atenção que determinadas trocas de

⁸ Nas exatas palavras da organização, “Exchanges of information are interactions among competitors that, from a competition law perspective, fall between the universally condemned hard-core “naked” cartels and tacit collusion arising from oligopolistic interdependence, generally considered legal”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**. 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2023, p. 9.

⁹ Mais especificamente, “Information sharing and various trade association activities also may take place through competitor collaborations [...] The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways [...] Competitor collaborations also may facilitate explicit or tacit collusion through facilitating practices such as the exchange or disclosure of competitively sensitive information or through increased market concentration”. FEDERAL TRADE COMMISSION; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**. April, 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf>. Acesso em: 05 out. 2023. p. 2-3 e 6.

¹⁰ “Information exchange can take various forms. [...] Information exchange takes place in different contexts. [...] However, the exchange of market information may also lead to restrictions of competition in particular in situations where it is liable to enable undertakings to be aware of market strategies of their competitors”. EUROPEAN COMMISSION. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. **Official Journal of the European Union**. 14 jan. 2011. Notices from European Union Institutions, Bodies, Offices and Agencies. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>>. Acesso em: 04 out. 2023. p. 13.

informações podem ser abusivas e prejudiciais à dinâmica competitiva ao envolver o compartilhamento de informações sensíveis¹¹.

Fato é que, devido à abrangência do conceito, não são todas as trocas de informações entre concorrentes que levantam preocupações concorrenciais, mas tão somente aquelas que detenham capacidade de impactar negativamente um determinado mercado ao, por exemplo, facilitar coordenações, incrementar a efetividade de colusões ou violar determinada norma no controle de estruturas¹². Ou seja, quando há o compartilhamento de informações potencialmente prejudiciais à concorrência, também chamadas de informações concorrenciais sensíveis, conforme mencionado acima.

De acordo com a OCDE, uma troca de informações entre concorrentes passará pelo escrutínio da autoridade antitruste, isto é, pela investigação de uma potencial troca de informações concorrenciais sensíveis, em três cenários distintos, quais sejam: (i) sendo tal troca parte de um acordo mais amplo de fixação de preços ou divisão de mercado, o que, posteriormente, a organização passa a denominar apenas de cartel; (ii) pertencendo a acordos mais amplos de cooperação, tais como *joint ventures*, acordos de padronização e acordos de pesquisa e desenvolvimento; ou, então, (iii) sendo entendida como um ilícito autônomo¹³.

Além dos contextos supracitados pela organização, Sousa, Machado e Macedo não permitem esquecer que a prática de transferência de informações sensíveis entre concorrentes também pode estar inserida em uma apuração de consumação prévia de atos de concentração (*gun jumping*)¹⁴, como, inclusive, foi também mencionado há pouco ao se referir ao Guia do CADE.

Portanto, em síntese, tem-se que a troca de informações entre concorrentes consiste em gênero, da qual a troca de informações concorrenciais sensíveis é espécie. Nesse ponto, a apuração de tal espécie por parte da autoridade antitruste pode ocorrer tanto no controle *ex-ante* de estruturas, quando a troca de informações faz parte de acordos de cooperação e de um *gun jumping*, quanto no controle *a posteriori* de condutas, nos casos de cartéis e de trocas autônomas de informações¹⁵.

¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia para análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Maio, 2015. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2023. p. 7.

¹² SOUSA; MACHADO; MACEDO, op. cit.

¹³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, op. cit., p. 9 e 21-22.

¹⁴ SOUSA; MACHADO; MACEDO, op. cit.

¹⁵ Nesse sentido, elucidam Zoltán Marosi e Marcio Soares na introdução de seu livro: “The prohibition on exchanging commercially sensitive information among competitors is one of the most fundamental antitrust rules.

Dito isto, tendo em vista que troca de informações concorrencialmente sensíveis enquanto ilícito autônoma é o foco central e assunto norteador desta monografia, interessa tecer, neste momento, alguns comentários introdutórios sobre a referida prática.

De início, relevante observar que, ao contrário das expectativas, este ilícito concorrencial é abordado de forma limitada, ou até mesmo negligenciado, nos guias e materiais disponibilizados pelas agências de defesa econômica. A existência da infração é, em verdade, mais notável na jurisprudência das autoridades mundo afora do que em seus materiais¹⁶. Inobstante, a OCDE e *Bulgarian Commission on Protection of Competition*, junto com a UNCTAD, oferecem definições didáticas para a conduta em apreço, as quais merecem ser reproduzidas.

Segundo a OCDE, a troca autônoma de informações refere-se à troca de informações, cujo compartilhamento é “o único meio de cooperação”¹⁷, de modo que “não faz parte de um cartel ou arranjo mais abrangente”¹⁸. Em proposição similar, a autoridade búlgara e a UNCTAD ressaltam que tal intercâmbio de informações “manifesta-se como uma forma independente de cooperação e pode constituir uma infração por si só devido a efeitos anticompetitivos concretos ou potenciais”¹⁹.

Em outras palavras, tal conduta autônoma revela-se como uma troca autossuficiente de informações sensíveis, sem assumir papel acessório e/ou auxiliar na consolidação e efetivação de outras práticas potencialmente anticompetitivas. Trata-se, de certa forma, da troca de informações sensíveis em si.

Tais conceitos, porém, estão longe de serem satisfatórios e requerem outros esclarecimentos. Isso decorre do fato de que uma das principais e mais notórias dificuldades da troca de informações autônoma – e das trocas de informações sensíveis em geral - é reconhecer

Companies and individuals may face potential exposure for anticompetitive information exchange, not only in their day-to-day business due to the applicable conduct and behavioral rules, but also in the context of M&A deals due to applicable gun jumping regulations”. MAROSI, Zóltan; SOARES, Marcio. **Information Exchange and Related Risks: A Jurisdictional Guide**. Florence: Concurrences, 2022. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/all-books/information-exchange-and-related-risks>>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹⁶ Nesse ponto, a OCDE faz expressa menção a julgados do *FTC* e da *European Commission* que abordaram “stand-alone information exchanges”.

¹⁷ Tradução livre de: “[...] as a stand-alone practice, whereby the exchange of information is the only cooperation among competitors”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, op. cit., p. 09.

¹⁸ Tradução livre de: “when the information sharing is a stand-alone practice, i.e., it is not part of a cartel or of a wider arrangement”. Ibid., op. cit., p. 22.

¹⁹ Tradução livre de: “information exchange may manifest itself as an independent form of cooperation and may in itself constitute an infringement of competition law due to the anticompetitive effect it gives or may give rise to”. SOFIA COMPETITION FORUM, op. cit., p. 11.

a sensibilidade de um dado diante da concorrência – isto é, se tende a parecer mais com uma conduta cartelista, se não há efeito algum, ou, então, se há, até mesmo, efeitos pró-competitivos²⁰.

Outro elemento também crucial refere-se à compreensão dos elementos singulares dos outros contextos que possam ajudar na diferenciação dos cenários de trocas de informações concorrencialmente sensíveis e, conseqüentemente, auxiliar na identificação de uma conduta autônoma de troca de informações.

Ambos os temas serão abordados em momento oportuno.

Por ora, registra-se que a troca de informações concorrencialmente sensíveis autônoma trata-se da infração anticompetitiva na qual o compartilhamento de informações sensíveis entre concorrentes é a única forma de cooperação entre os agentes, não se comportando como mera conduta auxiliar das demais práticas que também se utilizam de troca de informações.

I.1.1.2. Modalidades de trocas de informações entre concorrentes

Como adiantado, uma troca de informações entre concorrentes – pró-competitiva ou não - pode se dar das mais diversas maneiras. Cabe, assim, às autoridades e à comunidade antitruste distinguir tais meios utilizados por concorrentes para intercambiar dados, a fim de reconhecer os diferentes funcionamentos de uma conduta potencialmente anticompetitiva. Assim sendo, o presente tópico propõe-se a listar e apresentar as possíveis modalidades de uma troca de informações entre concorrentes.

A esse respeito, ao tratar, em sua dissertação de mestrado, das diferentes formas de trocas, Luiz Antônio Galvão sugere a adoção de uma classificação dividida sob dois grandes “primas”. O primeiro prisma refere-se ao estudo da prática por meio da sua própria autonomia diante de outras condutas anticoncorrenciais, enquanto o segundo prisma observa, com mais detalhes, as formas de interação entre os agentes²¹.

O primeiro ponto levantado pelo estudioso já foi introduzido no tópico anterior. Como apresentado, uma troca entre concorrentes pode ser (i) não autônoma e, portanto, associada a outras infrações, tais como cartéis, acordos mais amplos de cooperação e a consumação prévia

²⁰ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, op. cit., p. 9.

²¹ GALVÃO, Luiz Antonio. **Troca indireta de informações entre concorrentes**: os limites do ilícito concorrencial. Orientador: Professor Doutor Vinicius Marques de Carvalho. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17092020-170014/publico/6487512_Dissertacao_Original.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023, p. 34-35.

de atos de concentração; ou, então, (ii) autônoma, quando no caso de uma conduta independente²².

Sobre esse assunto, conforme ressaltado pelo autor, chama atenção o fato de que, em que pese as trocas não autônomas sejam debatidas há anos, com especial atenção ao cartel, as trocas autônomas são mais recentes para o direito concorrencial. Em verdade, somente começaram a ser discutidas a partir dos anos de 1990 quando do início das discussões sobre colusões tácitas²³. Ou seja, a autonomia da conduta de troca de informações é assunto relativamente “novo” para o antitruste em comparação com os outros cenários.

Em relação às formas de interação dos agentes, por sua vez, esta se divide, segundo Luiz Antônio Galvão, em: (i) direta, ou também denominada de horizontal, ou (ii) indireta, ou, então, vertical²⁴. A divisão proposta pelo estudioso, importa dizer, no entanto, é incompleta, tendo em vista que não é factível desconsiderar que as interações entre os agentes também podem se dar de maneira (i) unilateral, ou (ii) bilateral, conforme alude a já comentada definição da autoridade búlgara e da UNCTAD acerca da “troca de informações entre concorrentes”. Ambas as classificações serão tratadas, portanto.

No tocante à troca direta (ou horizontal) de informações, esta é autoexplicativa, porquanto remete ao compartilhamento de dados que ocorre diretamente entre concorrentes. Por seu turno, na troca indireta (ou vertical), tal partilha ocorre por meio de uma “agência comum”, tal como (i) uma associação, ou (ii) fornecedores ou revendedores, ou, até mesmo, (iii) um outro terceiro²⁵.

Em suma, a classificação em troca direta ou indireta faz referência às cadeias produtivas em que os dados são compartilhados: na troca horizontal, a informação é intercambiada na mesma cadeia produtiva dos concorrentes, enquanto, na vertical, a informação é repassada para um intermediário fora desta cadeia produtiva, como no caso de associações ou, então, empresas atuantes no mercado à jusante ou à montante.

²² Ibid., p. 35-39.

²³“Por conta dessa evolução doutrinária e prática, a troca de informações ficou por décadas restrita à análise de cartéis. Isso teve impacto não apenas em uma eventual análise de efeitos positivos e negativos (uma vez que a análise de cartéis tradicionalmente prescinde uma análise de efeitos [...]) como também a própria possibilidade de ela constituir um ilícito autônomo, dissociado de qualquer outra prática. [...] A situação contudo, passou a mudar, especialmente a partir da década de 1990 na Europa, quando se começou a questionar a possibilidade de trocas de informações entre concorrentes ocorrerem de forma autônoma [...] O que era posto em questionamento era justamente a causa dessa colusão tácita, que não advinha de condições normais de mercado, mas sim de um intercâmbio de informações concorrencialmente sensíveis”. Ibid, p. 37-38.

²⁴ Ibid., p. 35-39.

²⁵ EUROPEAN COMMISSION, op. cit. p. 13.

Oportuno comentar que, de acordo com a OCDE, sob a ausência de justificativas plausíveis, a troca direta de informações sensíveis, na maioria das vezes, indica um objetivo anticompetitivo para as autoridades da concorrência²⁶. A troca indireta, todavia, quando não relacionada a associações, enfrenta uma maior dificuldade de análise por parte das agências antitruste²⁷.

No que se refere à classificação acerca das trocas unilaterais e bilaterais, tem-se que esta consiste na troca recíproca de informações entre os concorrentes, ao passo que, naquela, uma única empresa releva os dados aos demais competidores, conduta denominada também de revelação unilateral de informações²⁸.

No que tange a este último, um fator importante de ser analisado é o local que se deu a informação. Se o dado sensível foi trocado em espaço público é possível discutir virtuais ganhos na transparência de um mercado. Por outro lado, se foi compartilhado em locais privados sendo a revelação direcionada somente aos concorrentes, tais efeitos benéficos seriam pouco prováveis de serem observados, indicando uma maior possibilidade da existência de uma colusão entre os *players*²⁹.

Nesse tocante, a OCDE admite que as autoridades antitruste têm sido bem conservadoras no que diz respeito à aplicação de sanções para trocas unilaterais públicas, posto que, como explicado, tais comportamentos podem levar a uma maior transparência ao mercado e ao consumidor, além de poder aumentar a elasticidade na demanda e reduzir a possibilidade de coordenações na cadeia de fornecimento³⁰, de maneira que se torna bastante complexa uma análise concorrencial por parte das agências.

Outro ponto relevante a se destacar é que o fato de que apenas uma empresa tenha exercido a revelação da informação não implica que as outras empresas concorrentes que tenham tido acesso ao dado estão isentas de penalização. Isso porque a reciprocidade não é requisito para o cometimento da infração. Assim, em caso de recebimento de dado sensível,

²⁶ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, op. cit., p. 30.

²⁷ GALVÃO, op. cit. p. 42.

²⁸ SOFIA COMPETITION FORUM, op. cit., p. 28.

²⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects**. 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023. p. 40-42.

³⁰ “Courts have always been reluctant to condemn unilateral public announcements of future prices as anticompetitive because of the potential benefits to consumers in comparing prices and adjusting their purchasing strategies. This is consistent with the economic theory that public disclosures of sensitive information make demand more elastic and therefore reduce the likelihood of coordination on the supply side”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 34.

presume-se concordância dos agentes receptores da informação, a não ser que seja apresentada expressa manifestação contrária à sua participação daqueles atos e haja notório distanciamento deste de tal contexto, em especial se se tratar de uma revelação privada. Vale dizer que o comportamento do destinatário e a influência da informação compartilhada no mercado também serão levados em conta no exame concorrencial da infração³¹.

Por conseguinte, é nítida a existência de diversas modalidades para partilhar dados entre agentes econômicos, cada qual com suas particularidades capazes de influir na análise a ser feita pela autoridade antitruste.

Assim, introduzidas as primeiras noções das trocas de informações entre concorrentes, com enfoque nas suas variadas modalidades e apresentada preliminarmente a conduta autônoma, volta-se a atenção para as *informações concorrencialmente sensíveis*, onde se discutirá os tipos de informações que são potencialmente prejudiciais à concorrência, quando compartilhadas entre *players* de um mesmo mercado.

I.1.2 Informações concorrencialmente sensíveis: conceito e características

A troca de informações a ser reprimida pela defesa da concorrência perpassa, por óbvio, por destrinchar o que são “informações concorrencialmente sensíveis” – afinal, uma troca, independentemente do cenário, será anticompetitiva apenas se identificadas tais informações. A definição do termo, entretanto, não se trata de uma tarefa simples, uma vez que a expressão remete a um “conceito jurídico indeterminado”, de modo que se percebe “uma vagueza ontológica ao tipo, o que implica em um estado permanente de incerteza acerca de quais trocas

³¹ Sobre o assunto, merece destaque o trecho da OCDE: “The European Commission has established that, for example, the mere attendance at a meeting where a company discloses its pricing plans to its competitors is likely to be caught by Article 101 TFEU, even in the absence of an explicit agreement to raise prices. When a company receives strategic data from a competitor (be it in a meeting, by mail or electronically), it will be presumed to have accepted the information and adapted its market conduct accordingly unless it responds with a clear statement that it does not wish to receive such data. But reciprocity should not be confused with some form of acknowledgment that the information has been received and used by the target(s) of the communication. In other words, it is necessary that the information communicated has some influence on the pricing of competitors. Simple acquiescence can be considered as acceptance of the information received. It is for this reason that particularly in the context of private exchanges (e.g. a price announcement made by a competitor during a meeting of the trade association), courts have considered necessary that participants to the meeting had to publicly distance themselves from the discussion in order to escape liability. The fact that communication has influenced the behaviour of the intended recipient can be inferred from the market conduct of the latter”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2012, p. 47-48.

são lícitas e quais não”³². Nesse sentido, aqueles poucos que se propõem a disponibilizar um conceito, normalmente, o fazem de maneira muito genérica.

A título de exemplo, a já citada autoridade búlgara e a UNCTAD conceituam o termo como os dados referentes a “comportamentos econômicos sigilosos das empresas que são capazes de reduzir a incerteza no mercado e/ou eliminar/restringir à concorrência”³³. A *Competition and Markets Authority* (“CMA”), órgão regulador britânico, por sua vez, descreve como toda informação estratégica não pública que seja sobre políticas comerciais das empresas³⁴. Em igual sentido, a autoridade antitruste da África do Sul atribui a expressão às informações que são importantes na rivalidade entre firmas e sejam prováveis de afetar, ao menos, um dos parâmetros da competição, a saber o preço, a produção, a qualidade e a variedade do produto, ou a inovação³⁵.

O próprio CADE, aliás, assume definição genérica e semelhante aos demais no já mencionado “Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração”. No material, a entidade revela, inicialmente, que a troca de informações é natural em processos de negociação entre empresas. O problema surge a partir de um abuso dessa troca ao se compartilhar informações sensíveis, entendidas pela instituição como “informações específicas (por exemplo, não agregadas) e que versam diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes econômicos”³⁶.

Portanto, em suma, entende-se por informações sensíveis os dados não disponibilizados publicamente que possuem a capacidade de conferir alguma vantagem competitiva ao receptor,

³² SILVA, Matheus Carvalho. Covid-19 e a troca de informações concorrencialmente sensíveis. **Migalhas**. 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325855/covid-19-e-a-troca-de-informacoes-concorrencialmente-sensiveis>. Acesso em: 05 out. 2023.

³³ Tradução livre de: “This is information about the economic conduct of undertakings which is often kept as their commercial secret and whose disclosure or sharing among competitors may lead to reduction of the strategic uncertainty in the market and to elimination or reduction of the public benefits of the presence of competition among economic operators”. SOFIA COMPETITION FORUM, op. cit., p. 20.

³⁴ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **Managing competitively sensitive information**. 25 sep. 2014. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/limiting-risk-in-relation-to-competitors-information/managing-competitively-sensitive-information>. Acesso em: 14 out. 2023.

³⁵ THE COMPETITION COMMISSION SOUTH AFRICA. **Guidelines on the Exchange of Competitively Sensitive Information between Competitors under the Competition Act No.89 of 1998 (as amended)**. 27 jan. 2023. Disponível em: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202302/48104gon3084.pdf. Acesso em 14 out. 2023. p. 57.

³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, op. cit., p. 7.

colaborando em sua tomada de decisão³⁷³⁸. Reforça-se, no entanto, que tal definição é genérica, abstrata e indeterminada, o que notadamente traz sérias dificuldades em visualizar, de fato, o que são informações concorrencialmente sensíveis.

Nessa esteira, o *FTC* esclarece que o compartilhamento de dados sobre preços, produção, custos ou planejamentos estratégicos são informações que comumente chamam mais atenção das agências de defesa econômica pelo seu viés mais prejudicial à concorrência, porém admite a existência de “outras variáveis sensíveis”³⁹. Além disso, também ressalta que certas condições da informação são fatores igualmente importantes na análise antitruste ao apontar que dados atuais, futuros e individuais compartilhados entre concorrentes trazem maiores preocupações à concorrência do que informações históricas e/ou agregadas, por exemplo.

A autoridade búlgara e a UNCTAD, por sua vez, também buscaram exemplificar o conceito em comento. No Guia reiteradamente mencionado, as entidades aludem que informações sobre “preços (atuais, descontos, aumentos, reduções ou abatimentos), lista de clientes, custos de produção, quantidade, volume de negócios, vendas, capacidades, qualidades, planos de marketing, riscos, investimentos, tecnologias, programas de pesquisa e desenvolvimento, dentre outros”⁴⁰ podem ser sensíveis, a depender também de outros aspectos, como, por exemplo, a granularidade e a idade dos dados, citados pelo *FTC*⁴¹.

O próprio CADE traz exemplos similares de informações sensíveis no citado “Guia para análise de consumação prévia de atos de concentração”, conforme listado abaixo.

Essas informações podem incluir especialmente dados específicos sobre: a) custos das empresas envolvidas; b) nível de capacidade e planos de expansão; c) estratégias de marketing; d) precificação de produtos (preços e descontos); e) principais clientes e descontos assegurados; f) salários de funcionários; g) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; h) informações não públicas sobre marcas e patentes

³⁷ NOVIS, Maria Eugênia. Troca de informações entre concorrentes na mira do Cade. **Valor Econômico**, 1 ago. 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/patrocinado/machado-meyer-advogados/inteligencia-juridica/noticia/2019/08/01/troca-de-informacoes-entre-concorrentes-na-mira-do-cade.ghtml>>. Acesso em: 05 out. 2023.

³⁸ Apenas a título de esclarecimento, nota-se que em nada se assemelha ao conceito de dados sensíveis utilizada na proteção de dados, o qual faz referência a informações pessoais de uma pessoa física identificada ou identificável.

³⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, op. cit., p. 15-16.

⁴⁰ Tradução livre de: “Strategic information can be related to prices (actual prices, discounts, increases, reductions or rebates), customer lists, production costs, quantities, turnovers, sales, capacities, qualities, marketing plans, risks, investments, technologies and R&D programs, etc.”. SOFIA COMPETITION FORUM, op. cit. p. 20.

⁴¹ Curioso observar que “information related to prices and quantities is the most strategic, followed by information about costs and demand. However, if the relevant market is a technology market and the companies in it compete with regard to R&D, it is the technology data that may turn out to be the most strategic for competition, even more strategic than the information about prices and quantities”. SOFIA COMPETITION FORUM, op. cit. p. 20-21.

e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); i) planos de aquisições futuras; j) estratégias competitivas, etc⁴².

Assim como os anteriores, a autoridade brasileira também faz a observação de que a granularidade, a idade do dado e outros fatores são relevantes para atestar ou afastar sensibilidade de uma informação.

Nota-se, portanto, que, em que pese exemplos concretos tenham sido oferecidos pelas entidades, todas elas enfatizam a necessidade de se examinar caso a caso algumas condições e particularidades da informação, visto que um mesmo dado pode vir a ser considerado pró-competitivo ou anticoncorrencial, a depender das circunstâncias estabelecidas⁴³. Ou seja, a licitude e a ilicitude de um dado dependem de uma série de fatores que não se limitam ao seu conteúdo, a saber (i) as características do mercado em que este é compartilhado, assim como (ii) os aspectos da própria informação⁴⁴.

Sobre o assunto, a OCDE e Luiz Antônio Galvão fornecem detalhadas contribuições e observações acerca de tais fatores e elucidam minuciosamente como esses elementos influenciam na sensibilidade de um dado, de sorte que se entende indispensável registrar as ponderações dos respectivos estudos, com fins de melhor clarificar o presente tópico.

Em relação ao primeiro item mencionado, é sabido que determinadas características do mercado favorecem o exercício de poder coordenado entre os agentes e aumentam a vulnerabilidade deste mercado diante de informações sensíveis. São tais características: (a) o grau de concentração do mercado, (b) o grau de transparência desse mercado, (c) o grau de estabilidade deste, e (d) as características do produto ou serviço oferecido⁴⁵.

No que diz respeito ao grau de concentração de um mercado, a OCDE pontua que tal característica revela-se fator determinante na identificação da capacidade anticoncorrencial de uma informação. Quanto mais concentrado for um mercado, havendo poucos *players* com significativas fatias do mercado relevante, mais facilitada é uma troca de informações sensíveis. Nesse sentido, a existência de oligopólios é sempre motivo de preocupação extra⁴⁶.

Ademais, segundo a organização, o alcance da informação também é critério relevante dentro da concentração de um mercado, uma vez que, quanto mais empresas informadas sobre

⁴² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, op. cit, p. 7.

⁴³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 28.

⁴⁴ GALVÃO, op. cit., p. 21.

⁴⁵ Ibid., p. 21-27.

⁴⁶ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 11.

o dado, maior será a redução de incerteza entre elas, estabilizando o que a OCDE chama de “equilíbrio colusivo”⁴⁷.

O grau de transparência, por sua vez, também é fator relevante na sensibilidade de uma informação. Pontua-se, nesse instante, que mercados transparentes, em geral, são bem avaliados, tendo em vista que a competição ideal pressupõe uma troca perfeita de informações tanto do lado da oferta quanto do lado da demanda, havendo uma simetria de informações entre todos os agentes envolvidos⁴⁸. Tal fato, contudo, deve ser observado com bastante parcimônia.

Uma troca de informações em um mercado pouco transparente poderia aperfeiçoar a transparência e ter efeitos pró-competitivos, mas também tem a capacidade de gerar uma vantagem artificial a um grupo em detrimento dos competidores restantes, afetando, por óbvio, a concorrência. Ao mesmo passo, mercados que são naturalmente mais transparentes sobre preços, custos e outros são também suscetíveis a práticas coordenadas. Isso se deve ao fato de que o intercâmbio de dados sensíveis reduz ainda mais o grau de incerteza das empresas⁴⁹.

Em relação à terceira característica, o grau de estabilidade também pode facilitar coordenações e colusões com a inserção de uma informação sensível. Um mercado estável indica, por exemplo, que não há a entrada de novos concorrentes, apontando para elevadas barreiras à entrada de um determinado mercado, ou, então, indica a existência de um mercado onde não há grandes inovações. A troca de informações sensíveis, nesse contexto, terá a capacidade de danar a rivalidade presente e futura, além de fortalecer a estabilidade já existente⁵⁰.

Finalmente, as características do produto – se é homogêneo ou heterogêneo - também podem tornar coordenações e práticas anticompetitivas mais fáceis a partir do tipo de informação intercambiada. Um produto homogêneo, por exemplo, é mais passível de ser afetado por informações sensíveis de preços, vez que, em virtude da proximidade e ausência de diferenciação dos produtos, há uma facilidade de coordenação por parte dos concorrentes, que não incorrerão em esforço adicional para participar dela. No mesmo sentido, uma informação sensível não relacionada a preço pode trazer impactos negativos à competitividade para mercados de produtos heterogêneos ao forçar uma uniformização dos bens e/ou serviços⁵¹.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibid., p. 23.

⁴⁹ GALVÃO, op. cit., p. 23-24

⁵⁰ Ibid., p. 25

⁵¹ SOFIA COMPETITION FORUM, op. cit., p. 32.

Já, no que se refere aos aspectos da própria informação, o outro componente da análise de sensibilidade, são elementos a serem considerados pelas autoridades investigadoras e julgadoras (a) o conteúdo desse dado, (b) a publicidade deste, (c) a sua idade; (d) o nível de detalhamento (granularidade) e (e) a frequência de trocas entre os concorrentes⁵².

Em relação ao conteúdo, a informação intercambiada necessita ter natureza comercial ou estratégica⁵³. Caso contrário, em se tratando de informação puramente técnica, o dado não terá como interferir no grau de incerteza durante a tomada de decisão dos concorrentes, de modo que não gera maiores receios das autoridades antitruste⁵⁴. Desse modo, como já discutido, informações confidenciais sobre preços, quantidades, estratégias comerciais e similares levantam várias preocupações concorrenciais, porquanto têm condão de auxiliar o funcionamento e monitoramento de colusões entre concorrentes.

Informações sobre demandas de mercado, custos e dados públicos, por sua vez, são menos preocupantes do que os anteriores, na medida em que a redução de incertezas entre concorrentes não necessariamente ocorre. Entregas de produtos, entregas a clientes, utilização da capacidade, números de produção, vendas e quotas de mercado são outros dados podem vir a serem penalizados pela autoridade, mas, nesses casos, o “contexto econômico” e a probabilidade de colusão ditarão a sua sensibilidade⁵⁵.

Já, no tocante à publicidade da informação, sabe-se que o compartilhamento de um dado público não é tido como problemático e, sim, de um dado privado – afinal, um dado público promove a transparência pró-competitiva no mercado. De todo modo, entender o que é uma informação considerada pública pode não ser tão óbvio. Segundo a OCDE, considera-se público o dado que é igualmente acessível para todos os fornecedores e consumidores⁵⁶. Ser igualmente acessível, por seu turno, significa dizer que os agentes econômicos não participantes da troca de informações que busquem acessar tal dado não incorrerão em custos maiores do que aqueles que já participem desse sistema⁵⁷.

Para ilustrar tal entendimento, utiliza-se de trecho de Luiz Antônio Galvão:

[...] considere o caso de um grupo de mercados, todos eles com muitas lojas, que decidem compartilhar informações de preço de alguns de seus produtos. Os mercados criam uma plataforma em que os preços são inseridos e atualizados continuamente. A informação é pública: no limite qualquer terceiro pode ir até as lojas dos mercados

⁵² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 48 – 50.

⁵³ GALVÃO, op. cit., p. 32.

⁵⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION, 2014.

⁵⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 48.

⁵⁶ Ibid., p. 33.

⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION, op. cit., p. 20-21.

verificar o preço e compilar as informações. Não obstante, o acesso por esse terceiro que não faz parte do sistema de compartilhamento de informações seria mais oneroso.⁵⁸

Ainda, sobre a publicidade, convém ressaltar que determinada informação compartilhada pode adquirir um maior valor agregado ao se combinar com uma informação pública. Assim, a partir desse intercâmbio, aumenta-se a potencialidade de uma colusão⁵⁹.

No que toca a idade da informação, esta relaciona-se a sua historicidade e se divide em informações históricas, atuais ou futuras⁶⁰. Como visto, informações recentes e futuras são muito mais preocupantes que informações históricas, em especial na hipótese de se tratar de dado sobre preços, vendas e tendências de capacidades. Em verdade, informações históricas não causam preocupação, tendo em vista que seu valor competitivo foi dissipado com o tempo⁶¹.

Apesar disso, não se é tão claro acerca do tempo necessário para que a informação adquira esse caráter histórico⁶². Em geral, conforme explica a OCDE, são consideradas históricas as informações que detenham mais de doze meses desde o seu surgimento. Ainda assim, tal entendimento depende de uma análise caso a caso, a se observar as características do mercado observado⁶³.

No que se refere à granularidade ou nível de detalhamento da informação, tem-se que informações individualizadas geram maiores preocupações para a autoridade antitruste do que informações agregadas, como já salientado anteriormente. Isso porque a identificação de dados específicos e com maior nível de detalhamento propicia um ambiente que torna mais previsível as ações dos demais concorrentes, facilitando coordenações e possibilitando a adoção de práticas anticoncorrenciais⁶⁴.

É, sob esse contexto, que diversas autoridades, organizações e a comunidade do antitruste como um todo recomendam o compartilhamento agregado/anonimizado dos dados, uma vez que o reconhecimento de informações individuais é dificultado nesse modelo e, conseqüentemente, a adoção de práticas restritivas também é atrapalhada.

⁵⁸ GALVÃO, op. cit., p. 31.

⁵⁹ Ibid., p. 31-32.

⁶⁰ SOFIA COMPETITION, op. cit., p. 21.

⁶¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 49.

⁶² GALVÃO, op. cit., p. 28.

⁶³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 49.

⁶⁴ Ibid., p. 48.

Não obstante, cumpre salientar que, mesmo informações agregadas, não estão imunes a problemas concorrenciais⁶⁵. Conforme estudo apresentado por Yu Awaya, a depender das circunstâncias, ambas as modalidades de informações (específicas e agregadas) podem ter caráter anticompetitivo⁶⁶. Nesse ponto, salienta-se que os critérios para avaliar o mínimo de detalhamento aceitável ou se a agregação existente é suficiente para afastar questões concorrenciais são avaliados caso a caso⁶⁷.

Por último, em relação à frequência da interação, observa-se que a quantidade de vezes que a informação foi trocada também é indicador de maior ou menor possibilidade de um ajuste estratégico entre as empresas. Quanto mais frequente, maior a possibilidade que já exista um arranjo⁶⁸. Vale notar que as características dos mercados também interferem nesse atributo: mercados mais dinâmicos necessitam de maiores informações, enquanto, em mercados mais estáveis, o contato pode ser mais reduzido⁶⁹.

Todos os elementos trabalhados acima auxiliam na percepção da sensibilidade de uma determinada informação. Importante dizer, neste instante, entretanto, que não os únicos. Sobre isso, Galvão alerta que outros aspectos, como o grau de abrangência das informações em face do mercado, também podem ser considerados em uma análise⁷⁰.

Por conseguinte, resta evidente e notório que, mesmo que existam alguns exemplos de informações sensíveis, o seu conceito e a sua ilustração são bastante complexos, porquanto dependem de diversas condições tanto da própria informação quanto do mercado avaliado, a ser verificado no caso a caso.

Finalmente, compreendido o conceito global de troca de informações sensíveis tanto sob a ótica da *troca* – em sentido amplo e a sua versão autônoma – quanto das *informações*, interessa agora demonstrar os potenciais efeitos que uma troca de informações, sensíveis ou não, pode ter em um mercado.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ AWAYA, 2020 apud ATHAYDE, Amanda. **Troca de informações comercialmente sensíveis como conduta autônoma?** Dezembro, 2020. Disponível em: <<https://www.amandaathayde.com.br/single-post/troca-de-informa%C3%A7%C3%B5es-comercialmente-sens%C3%ADveis-como-conduta-aut%C3%B4noma>>. Acesso em: 05 out. 2023.

⁶⁷ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 48.

⁶⁸ Ibid., p. 49.

⁶⁹ SOFIA COMPETITION FORUM, op. cit., p. 26.

⁷⁰ GALVÃO, op. cit., p. 34.

I.2. Efeitos e metodologias de análise da troca de informações entre concorrentes

I.2.1. Noções introdutórias sobre metodologias de análise: regra *per se*, regra da razão, ilícito por objeto e ilícito por efeitos

Antes de adentrar nos efeitos da troca de informações em específico e nos parâmetros de exame dessa conduta, é importante tecer breves comentários sobre as metodologias de análise utilizadas na defesa da concorrência. O objetivo é situar as possibilidades de escrutínio antitruste para as mais diversas infrações à ordem econômica e, assim, facilitar a compreensão dos métodos utilizados na prática em apreço.

Nesse tocante, duas classificações distintas sempre emergem na doutrina especializada quando da discussão dessa temática, quais sejam (i) a regra *per se* e a regra da razão, e (ii) ilícitos por objeto e ilícitos por efeitos. Embora em muito se assemelhem em sua ideia central, tais classificações possuem sutis diferenças relacionadas a aspectos históricos e teóricos⁷¹.

Em relação à primeira classificação, a doutrinadora Ana Frazão leciona que “a regra *per se* e a regra da razão nada mais são do que padrões analíticos construídos pelas autoridades de defesa da concorrência ao julgar condutas potencialmente lesivas à ordem econômica”⁷². Mais especificamente, são conceitos que detêm origem no direito antitruste estadunidense, a partir da evolução da jurisprudência local, para indicar o *standard* probatório necessário para a comprovação de uma infração a ser investigada⁷³.

De acordo com a doutrinadora, tais metodologias surgem devido ao fato de que não se é capaz de adotar um único método de análise para as inúmeras condutas virtualmente anticompetitivas praticadas na atividade empresarial⁷⁴.

Nesse sentido, a OCDE, em seu glossário do direito concorrencial, assevera que a regra da razão consiste no método legal de investigação que considera os efeitos positivos e negativos para decidir se a prática em análise deve ou não ser condenada⁷⁵. Em outras palavras, em tal regime, a agência de defesa econômica deve percorrer por um estudo mais minucioso da prática, de modo a considerar outros fatores, como a estrutura de mercado, os efeitos e as eficiências advindas da conduta avaliada⁷⁶.

⁷¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 64.

⁷² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017b. p. 289.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, **Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law**. July, 1993. Disponível em: <<https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2023. p. 77-78.

⁷⁶ FRAZÃO, 2017, p. 290.

A regra *per se*, por seu turno, é o oposto disso. Segundo a organização, o mero cometimento de uma prática avaliada por essa regra será *sempre* considerado ilegal⁷⁷ - ou seja, tal metodologia desconsidera uma análise dos efeitos advindos da prática investigada, sendo a mera comprovação da materialidade da conduta suficiente para a penalização dos infratores. Impera salientar, todavia, que o termo “sempre” utilizado pela organização é bastante discutível doutrinariamente.

Se, por um lado, a OCDE, o *FTC* e alguns doutrinadores arguem que condutas regidas pela regra *per se* não podem ser justificadas pelos agentes cometedores da infração, posto que seus efeitos negativos nunca serão superados pelos seus possíveis efeitos positivos⁷⁸; por outro, há quem defenda que a referida regra comporta, sim, possibilidade de defesa pelos acusados, ainda que remota.

Nessa perspectiva, por exemplo, Paulo Burnier atesta que, em tal regime, os efeitos líquidos negativos da conduta em exame são, de fato, presumidos e, portanto, há, na prática, uma presunção de ilicitude. Entretanto, conforme registra o autor, tal presunção é, em verdade, relativa – ao menos, em teoria. O cartel, nesse sentido, não deteria uma presunção absoluta de ilicitude, mesmo que seja considerada quase absoluta⁸⁰. Em igual sentido, Ana Frazão também argumenta que as ações analisadas pela regra *per se* possuem presunção relativa de ilicitude – e não absoluta -, de modo que a possibilidade de defesa não pode ser afastada⁸¹.

Independentemente da discussão, fato é que tal metodologia (regra *per se*) caracteriza-se pela exigência de um padrão probatório menos detalhista partindo-se de “presunções e atalhos probatórios [...], cuja justificativa decorre dos altos custos administrativos e das

⁷⁷ Nos termos da organização, “The opposite of the rule of reason approach is to declare certain business practices *per se* illegal, that is, always illegal”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 1993, p. 78.

⁷⁸ Alude a OCDE: “Very few *per se* rules are justified [allowed] in competition law and limited to those cases where the anticompetitive effects of the practice can never be outweighed by pro-competitive effects or by efficiency justifications”. No mesmo sentido, prossegue: “Agreements that are anti-competitive “by object” automatically breach competition rules, and there is no need for the competition agency to establish that they have anticompetitive effect. These agreements, as opposed to agreements which are anti-competitive *per se*, can always be justified by efficiency reasons. If a conduct restricts competition “by object”, this suggests that the role for economic analysis in assessing the legality of such agreements is limited”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 50-51.

⁷⁹ No mesmo sentido, segue o *FTC* ao relatar que “On the other hand, certain acts are considered so harmful to competition that they are almost always illegal. These include plain arrangements among competing individuals or businesses to fix prices, divide markets, or rig bids. **These acts are “*per se*” violations of the Sherman Act; in other words, no defense or justification is allowed**”. (sem grifo no original) FEDERAL TRADE COMMISSION. **The Antitrust Laws**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

⁸⁰ SILVEIRA, op. cit., p. 65.

⁸¹ FRAZÃO, 2017b, p. 291-292.

incertezas existentes nas investigações antitruste”⁸². Para que haja a aplicação da referida regra, porém, faz-se necessária a convicção dos efeitos nocivos da prática⁸³.

Logo, em suma, tais regras referem-se às metodologias de análise no direito antitruste. A depender da prática a ser apreciada e a respectiva regra aplicada, haver-se-á a exigência ou a dispensa de exames mais específicos sobre os efeitos líquidos negativos da conduta no mercado relevante para fins de condenação dos acusados.

Em contrapartida, no que diz respeito à segunda classificação supramencionada, explicita Ana Frazão que ilícitos por objeto e ilícitos por efeitos correspondem apenas a uma divisão acerca dos ilícitos concorrenciais, o que, por sua vez, influi na escolha das metodologias discutidas acima⁸⁴. Diferentemente dos anteriores, os referidos termos não advêm da doutrina norte-americana, mas, sim, da legislação do direito concorrencial europeu.

Em detalhe, de acordo com Paulo Burnier, os ilícitos por objeto são aqueles em que a ilicitude provém do próprio objeto da prática, onde não se faz necessária uma análise profunda dos efeitos negativos no mercado, enquanto os ilícitos por efeitos são os casos restantes, os quais, não sendo ilícitos por objeto, devem ter seus efeitos analisados minuciosamente antes da conclusão da ilicitude da prática⁸⁵.

Assim sendo, no primeiro, há uma presunção relativa de potencialidade lesiva por não se visualizar nenhuma outra possibilidade que não o dano concorrencial, ao passo que, no segundo, há uma presunção de licitude, em que se exige a comprovação da potencialidade lesiva da conduta⁸⁶.

Salienta-se que, nos ilícitos por objeto, não há controvérsias sobre a admissão de contraprova e defesa, tal como ocorre na regra *per se*. Há apenas a reconhecida inversão do ônus da prova, visto que não mais cabe à autoridade comprovar os danos, mas, sim, aos acusados demonstrarem que não há prejuízos ou que os benefícios superam os malefícios a partir do desenvolvimento da conduta⁸⁷.

Portanto, mesmo que sutis, as diferenças são visíveis entre ambas as classificações, sendo que uma relaciona-se aos *standards* probatórios a serem utilizados pelas autoridades

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibid., p. 293.

⁸⁵ SILVEIRA, op. cit. 65.

⁸⁶ FRAZÃO, 2017b, p. 293.

⁸⁷ AZEVEDO, Paula. **Ilícito por objeto na jurisprudência do CADE**: o caso das tabelas de preços. IBRAC. Disponível em: <<https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresentação%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023. Slide 5.

antitruste, a averiguar a infração em investigação, e a outra descreve categorias de ilícitos anticoncorrenciais⁸⁸. Importante destacar que, embora sejam vistas como classificações diferentes, ambas podem se relacionar durante a análise de um caso concreto.

Nesse ponto, repara-se que o direito concorrencial brasileiro acabou por incorporar todos esses conceitos conjuntamente para a sua esfera de atuação: adotou a classificação dos ilícitos a partir da própria legislação nacional e, ao mesmo tempo, foi muito influenciado pela doutrina norte-americana⁸⁹. Entretanto, ao se utilizar de ambos os sistemas e tentar relacioná-los, não é incomum notar confusões e debates sobre os conceitos na doutrina nacional e na jurisprudência do CADE .

Uma das principais questões refere-se a dificuldade de reconhecer a regra *per se* nas condutas praticadas no âmbito nacional. Alguns doutrinadores e conselheiros sustentam que tal regra exige a presunção absoluta de ilicitude, citada anteriormente, diferindo, assim, do ilícito por objeto ao não admitir contraprova e, conseqüentemente, não respeitando a classificação adotada na legislação nacional⁹⁰.

A despeito dessa discussão, destaca-se, primeiramente, que a divergência sobre a possibilidade de defesa na regra *per se*, a qual culminaria em uma distinção entre tal regra e ilícitos por objeto, é mais teórica do que prática. Isso se deve ao fato de que, em um ilícito por objeto ou uma regra *per se* em que se admita o contraditório, a defesa econômica do agente muito dificilmente afastaria a infração imputada, se comprovada a materialidade da conduta, tendo ambas as mesmas conseqüências de uma regra *per se* sempre tida como ilegal e sem possibilidade de defesa.

Nesse ponto, reforça-se que as infrações tidas como ilícitos por objeto ou que utilizem a regra *per se* “com possibilidade de defesa” possuem, como visto, uma presunção relativa *na teoria*. Nesse sentido, mesmo que se entenda que a regra em apreço não possa conceber a defesa do agente, os ilícitos por objeto e a regra *per se* equiparam-se na prática.

De toda forma, ao se entrar no mérito teórico do debate, importa ressaltar, mais uma vez, que a regra *per se* remete a tão somente uma metodologia de análise para determinadas condutas, inserindo-se dentro da classificação dos ilícitos. Dito isto, considerando que se trata de mero regime de análise, entende-se que tal regra *per se* pode fazer parte, sim, do direito concorrencial brasileiro quando do exame de determinadas infrações à ordem econômica.

⁸⁸ FRAZÃO, 2017b, p. 291.

⁸⁹ AZEVEDO, op. cit., slide 14.

⁹⁰ FRAZÃO, 2017b, p. 291.

No caso brasileiro, porém, não se poderá falar que tal regra não admite prova contrária, sob o risco de expressa violação da Constituição Federal de 1988 que assegura o contraditório e a ampla defesa no ordenamento jurídico brasileiro⁹¹. Logo, tem-se que, no Brasil, tal regra se baseia exclusivamente em uma presunção relativa de ilicitude, como aludem os doutrinadores supracitados, comportando, assim, possibilidade de defesa. Em outras palavras, é possível observar que a referida metodologia também se assemelha ao ilícito por objeto na teoria.

Ante todo exposto, conclui-se que, no direito brasileiro, ambas as classificações trabalhadas, ainda que diferentes, equiparam-se na teoria e na prática, de modo que podem ser facilmente associadas. A esse respeito, veja o posicionamento de Ana Frazão:

O voto pacificou o entendimento no CADE de que cartéis e tabelas de preços deveriam ser considerados ilícitos pelo próprio objeto, que, como descrito no trecho acima, se caracterizam por uma presunção relativa de ilicitude, autorizando um padrão de análise mais simplificado pela autoridade antitruste.

Por essa razão, é perfeitamente possível associar as infrações por objeto à metodologia da regra per se, que, como visto, se caracteriza por um padrão probatório simplificado, que visa a reduzir os custos do exame das infrações à ordem econômica, quando a probabilidade de a conduta ser considerada lícita é extremamente remota, tornando desnecessário um aprofundamento da análise. De toda sorte, sempre será possível a contraprova, tendo em vista que nem mesmo nas infrações por objeto há uma presunção absoluta de ilicitude.

Já as infrações por efeitos podem ser associadas à metodologia da regra da razão, que envolve um juízo probatório mais complexo e sofisticado, porém imprescindível para a caracterização da infração.⁹² (sem grifo no original)

Explicados os métodos de escrutínio concorrencial, passa-se ao que realmente interessa, isto é, aos efeitos da prática de troca de informações.

I.2.2. Efeitos das trocas de informações entre concorrentes e metodologia de análise aplicada

Como reiteradamente arguido nos tópicos anteriores, a prática de troca de informações entre concorrentes pode gerar tanto benefícios a um mercado como também pode trazer prejuízos significativos a ele, a averiguar as circunstâncias do mercado e da própria informação.

⁹¹ CRFB/1988, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2023.

⁹² FRAZÃO, 2017b, p. 294.

Em relação aos benefícios, um intercâmbio de informações pode eventualmente reduzir assimetrias de mercado e torná-lo mais eficiente⁹³. Conforme explicita a OCDE, tal partilha possui o poder, por exemplo, de (i) elevar a transparência de um determinado mercado relevante, garantindo acesso à informação aos seus *players*, bem como (ii) pode produzir diversas eficiências nele⁹⁴.

De acordo com a organização, os benefícios podem ser visualizados tanto na cadeia produtiva dos fornecedores quanto na cadeia dos consumidores. No primeiro caso, ao elevar a transparência e, conseqüentemente, o conhecimento do mercado de diversos agentes, tem-se potencialmente (i) a entrada e competição facilitada de novos *players*, (ii) incentivos e reforços à inovação em mercados tecnológicos que enfrentam frequentes alterações ao se reduzir a incerteza na tomada de decisão, e (iii) o desenvolvimento de estratégias comerciais mais eficientes, uma vez que, mais informações do mercado, pode resultar em (a) melhora de posicionamento de um produto, em especial nos mercados de produtos heterogêneos, (b) melhora no sistema de distribuição e estratégias de marketing, (c) melhora no controle do estoque e excedentes em mercados marcados por elevada flutuação de procura e bem-estar do consumidor, (d) melhora na avaliação de *benchmarking*, resultando em melhores comparações com seus concorrentes, (e) auxílio na tomada de decisões de investimentos das empresas, e, por fim, (f) redução de assimetrias em mercados em que certo grau de transparência é necessário, como, por exemplo, nos setores bancários e de seguros, nos quais as informações sobre riscos individuais dos consumidores são essenciais⁹⁵.

Quanto aos benefícios na cadeia dos consumidores, verifica-se que a transparência de um mercado pode reduzir o custo de pesquisa dos compradores e potencializar o entendimento e posicionamento destes diante das opções que se apresentam. Desse modo, o cliente poderá escolher aquele produto ou serviço que melhor lhe satisfaça as necessidades e, a partir disso, tendo mais conhecimento das próprias necessidades, há um incentivo ao desenvolvimento competitivo dos fornecedores⁹⁶.

Logo, a redução de incertezas e assimetrias de informações têm o condão de permitir uma atuação mais eficiente dos agentes econômicos e do próprio consumidor⁹⁷. Desse modo, resta notório que a troca de informações entre os concorrentes pode estimular a competição,

⁹³ RODRIGUES; BINOTTO; OLIVEIRA, *op. cit.*

⁹⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 23.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 24-27.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 27-28.

⁹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.* p. 13.

resultando em menores preços, melhor qualidade dos serviços e produtos, e incentivo à inovação⁹⁸.

Por outro lado, é fato que determinadas informações – as ditas informações concorrencialmente sensíveis - podem ocasionar danos ao mercado, uma vez que, como já trazido, podem facilitar colusões, mesmo na ausência de um acordo anticompetitivo, ao oferecer “pontos focais” para a coordenação. Assim, tais dados podem ser utilizados para (i) firmar o entendimento dos termos colusivos, (ii) monitorar tais termos e atuação diante de novos entrantes, e (iii) tornar mais exequível a punição daqueles que não respeitem a coordenação. A depender da vantagem competitiva oferecida, tal troca pode ainda resultar em um fechamento de mercado⁹⁹.

De toda forma, reitera-se, mais uma vez, que a configuração e caracterização de uma troca de informações problemática para a defesa da concorrência requererá uma análise do tipo de informação compartilhada, assim como da estrutura do respectivo mercado.

Justamente em função dessa dualidade econômica – ora podendo ser ilícita, ora não -, a OCDE pontua que uma análise pela regra *per se*, aqui entendida pela organização como metodologia com presunção absoluta de ilicitude e sem possibilidade de defesa, não se demonstra apropriada para a prática de troca de informações entre concorrentes. Nos termos do organismo internacional, “inexiste fórmula que determine se a troca de informações possui efeitos pró ou anticompetitivos”¹⁰⁰.

Assim sendo, considerando que a prática em comento abrange um conjunto diverso de situações benéficas e maléficas, favorece-se uma investigação em que se avalie os efeitos da conduta - desde que esta não pertença a um contexto de cartel, ocasião na qual o ilícito é presumidamente lesivo. Logo, não sendo cartel, tem-se optado mundo afora pela aplicação da regra da razão para analisar uma troca de informações, no intuito de melhor averiguar a sensibilidade dos dados partilhados¹⁰¹.

⁹⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *op. cit.*, p. 23

⁹⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 11.

¹⁰⁰ Tradução livre de: “As seen above, there are no reliable form-based rules that determine if an information exchange has pro or anti-competitive effects”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 51.

¹⁰¹ “This seems to advocate against a *per se* approach to assessing information exchanges. Also from an economic perspective, the notion of a *per se* rule against information exchanges has no support. Information exchanges cover a very broad spectrum of practices whose pro- or anti-competitive effects are very dependent on the economic context, and that leads to the conclusion that in this area of enforcement, a structured effects-based approach should be favoured. Courts have also supported a rule of reason approach to information exchanges. For example, the US Supreme Court in the Container case discussed under Section 1 of the Sherman Act a stand-alone information

Não obstante, conforme destaca a própria OCDE, há quem defenda que determinadas trocas de informações devam ser visualizadas como ilícitos por objeto, classificação que, para a organização, se diferencia da regra *per se* pela presunção relativa de ilicitude e, conseqüentemente, pela possibilidade de defesa, ainda que remota.

Nessa perspectiva, seriam enquadradas nessa classificação, mais especificamente, as trocas privadas sobre planos individuais relacionados a práticas futuras, como, por exemplo, dados futuros de preços ou quantidade. Sob esse contexto, tais informações adquiririam, por si só, um caráter de ilegalidade, mesmo que se admita (de maneira improvável) uma justificativa econômica razoável.

A posição, vale ressaltar, não é uníssona, porquanto alguns defendem que não há necessidade de lançar tal conduta ao mesmo patamar de um ilícito de “fixação horizontal de preços em grande escala”¹⁰². Em que pese essa discussão quanto a esse tipo de dado, reforça-se que as demais informações têm sido entendidas pela regra da razão¹⁰³.

Dito isto, apresentados os efeitos competitivos e anticompetitivos da troca de informações, bem como seus métodos de análise, passa-se a examinar os contextos e cenários possíveis da prática, com a intenção de diferenciar uma troca autônoma.

I.3. Contextos: similitudes e diferenças

I.3.1. Considerações iniciais

Além de compreender as informações sensíveis, o entendimento completo da conduta de troca de informações – e, conseqüentemente, da troca enquanto conduta autônoma – requer a assimilação de todos os seus possíveis cenários e suas singularidades. Isso se faz necessário,

exchange– as opposed to merely using the information exchange as evidence upon which to infer a pricing agreement. It concluded that “[t]his exchange of information is not illegal *per se* but can be found unlawful under a rule of reason analysis”. Ibid., p. 50-51.

¹⁰² “Part of the literature and the enforcement practice of some competition agencies have identified one type of information exchange that ought to be considered a restriction “by object”: private exchanges of firms’ individual plans for future conduct, such as future prices and volumes. [...] The rationale for this approach is that it may make economic sense to attribute a presumption of illegality to exchanges of information which are very likely to have an anti-competitive effect and unlikely to have an objective or pro-competitive justification [...] Others have argued that a restriction by object is not justified even in these circumstances. It has been argued the categorisation of information exchanges as conduct that is anticompetitive “by object” seems to provide an exception to the increasing influence of economic analysis and that there is no justification for placing such conduct in the same automatic presumption of anticompetitive “object” category as full-scale horizontal price-fixing”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 51-52.

¹⁰³ Ibidem.

principalmente devido ao fato de que todos os contextos são muito semelhantes, gerando uma dúvida prática entre eles¹⁰⁴.

Com isso em mente, o presente tópico tem por objeto entender um pouco melhor cada um dos contextos concorrenciais da troca de informações, sem intenção de esgotá-los, de maneira a assimilar os elementos que os caracterizam, bem como aqueles que os diferenciam, e, a partir disso, traçar um caminho de identificação para a troca de informações sensíveis autônoma.

Dito isso, passa-se ao exame breve (i) dos diferentes tipos de cartéis, (ii) dos acordos de cooperação, (iii) da prática de *gun jumping* e, por último, (iv) da conduta autônoma de troca de informações sensíveis.

I.3.2. Cartel

Os cartéis são acordos horizontais que partem do pressuposto de que a existência da concorrência é prejudicial aos próprios competidores de um respectivo mercado, uma vez que a obtenção de lucro, em um mercado competitivo, é intensa e exaustiva para os *players* inseridos nele¹⁰⁵. É, sob esse contexto, que surge o ilícito: no intuito de obter lucros maiores, os concorrentes buscam restringir e/ou eliminar a concorrência existente¹⁰⁶.

Para atingir tal finalidade, são realizados “acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles”¹⁰⁷. De maneira igualmente didática, Eduardo Molan e Juliana Rodrigues esclarecem que cartel refere-se a:

[...] um acordo empresarial cujo objetivo é elevar os preços ao comprador (quando realizado entre vendedores — cartel de venda) ou reduzir ao máximo os preços dos vendedores de insumos (quando realizados entre compradores — cartel de compra), por meio da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em aspectos de lucratividade ao que se poderia alcançar em uma situação de monopólio e/ou de monopólio¹⁰⁸.

¹⁰⁴ ATHAYDE, op. cit.

¹⁰⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 339.

¹⁰⁶ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 194.

¹⁰⁷ FORGIONI, op. cit., p. 341.

¹⁰⁸ GABAN; DOMINGUES, op. cit., p. 195.

Nessa esteira, a *U.S. Department of Justice* (“DOJ”) atribui à conduta de cartel as práticas de acordo de fixação de preço, volumes, consumidores, alocação de mercados, e acordos em licitações¹⁰⁹.

Em um conceito semelhante, mas um pouco mais amplo, a CE caracteriza cartel como “um grupo de empresas independentes que se reúnem para fixar preços, limitar produção ou dividir mercados e consumidores entre eles” e, até mesmo “para acordar sobre qualidade do produto ou inovações”¹¹⁰. Nesse ponto, o *Artigo 101* do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (“TFEU”) proíbe tanto acordos quanto práticas concertadas que tenham tal objetivo.

Em igual sentido ao entendimento europeu, o CADE clarifica a conduta cartelista como qualquer acordo ou prática concertada que tenha intuito de “fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível”¹¹¹.

Por conseguinte, cartel é, conforme sumariza a revista *Concurrences* em seu dicionário antitruste, “um acordo ou uma prática concertada anticompetitiva entre concorrentes que pode ocorrer mediante uma série de ações, tais como fixação direta ou indireta de preço; limitação ou controle de produção, mercados, desenvolvimento técnico ou de investimento; compartilhamento de mercados ou fontes de abastecimento; e restrições de importações ou exportações”. Nesse tocante, a revista também salienta que, em determinadas circunstâncias, “a troca de informações comercialmente sensíveis também pode ser tratado como cartel”¹¹².

Sobre as definições, adianta-se, desde já, que a aceitação do cartel como também prática concertada, além de acordo, tem implicações jurídicas ao permitir o reconhecimento de situações em que o acordo não seja evidente ou expressamente constatado, como será explicitado mais adiante.

¹⁰⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **International Anticartel Enforcement and Interagency Enforcement Cooperation**. June, 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/chapter-4>>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹¹⁰ EUROPEAN COMMISSION. **Cartels**. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/cartels_en. Acesso em: 12 out. 2023.

¹¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. Maio, 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2023.

¹¹² Tradução livre de: A cartel is an anti-competitive agreement or concerted practice between two or more rival firms aimed at coordinating their competitive behaviour on the market or influencing other parameters of competition through practices that include but are not limited to: the direct or indirect fixing of prices or other trading conditions; the limitation or control of production, markets, technical developments or investment; the sharing of markets or sources of supply, including bid-rigging; restrictions of imports or exports, or a combination of these practices. Exchange of competitively sensitive information can also be treated as cartel conduct in certain circumstances”. VOWDEN, Daniel; FOUNTOUKAKOS, Kyriakos. **CARTEL. Concurrences**. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/dictionary/cartel#:~:text=A%20cartel%20is%20an%20anti,of%20prices%20or%20other%20trading>>. Acesso em: 08 out. 2023.

O importante de se observar, neste instante, é que o cartel é a conduta colusiva mais conhecida e mais grave do direito concorrencial, na medida em que os seus efeitos negativos são presumidos, posto que geram, em média, um sobrepreço de 10 a 20% maior do preço do produto ou serviço do que quando comparado a um mercado concorrencialmente sadio, conforme OCDE, e eliminam todos os incentivos à inovação – consistindo, portanto, em verdadeiros prejuízos aos consumidores¹¹³.

A gravidade da conduta é tamanha que o cartel é analisado pela regra *per se* e/ou considerado ilícito por objeto. Além disso, em várias jurisdições mundo afora, incluindo os Estados Unidos da América e o próprio Brasil, a prática em comento também é considerada uma infração penal.

Oportuno comentar que, conforme se depreende de Ana Paula Martinez, cartéis podem ser classificados (i) quanto às informações sensíveis: (a) preço, (b) quantidade e (c) alocação de mercado e clientes), (ii) quanto à gravidade: (a) difuso, ou *soft*, ou (b) clássico, ou *hard-core*, (iii) quanto ao local de ocorrência: (a) nacionais, ou (b) internacionais, (iv) se é explícito ou tácito, (v) se é de compra ou de venda, e (vi) se é de importação ou exportação¹¹⁴. Dentre tais classificações, no entanto, a referente à gravidade é que mais se destaca, uma vez que as demais são “acessórias” a esta¹¹⁵.

De modo geral, cartéis clássicos ou *hard-core* são os cartéis normalmente referidos nos conceitos de cartel, como os trazidos acima. Assim, de acordo com a OCDE, cartéis *hard-core* nada mais são do que “acordos, práticas concertadas, ou arranjos anticompetitivos entre os concorrentes para fixar preços, apresentar propostas colusivas, restringir produção ou quotas, ou compartilhar ou dividir mercados ao alocar clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio”¹¹⁶.

¹¹³ SILVEIRA, op. cit, p. 74.

¹¹⁴ MARTINEZ, 2013, p. 16-19, apud SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. Orientador: Diogo Rosenthal Coutinho. 2014. Dissertação (Mestre em Direito Econômico e Financeiro) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/publico/Flavia_C_dos_Santos_INTEGRAL.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2023. p. 25.

¹¹⁵ SANTOS, 2014, p. 25.

¹¹⁶ Tradução livre de “an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Review of the 1998 ECD Recommendation concerning Effective Action Against Hard Core Cartels**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2023. p. 13.

Já, cartéis difusos ou *softs* são cartéis que não apresentam um acordo propriamente dito. Nas palavras de Martinez, são aqueles que basicamente “não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações concorrencialmente sensíveis”¹¹⁷. Registra-se, entretanto, que tal definição é perigosa, tendo em vista que pode ter o condão de equipar toda troca de informações sensíveis a cartéis difusos. Nesse sentido, entende-se a definição proposta pelo ex-Conselheiro do CADE Luiz Carlos Delorme Prado mais adequada ao caracterizar os cartéis difusos como “um ato de coordenação da ação entre empresas com o objetivo similar ao do cartel clássico, mas de caráter eventual e não institucionalizado”¹¹⁸.

Tal classificação, convém citar, também já foi motivo de divergência no CADE no que diz respeito à teoria do dano. Em seu voto relator, a Conselheira Cristiane Alkmin firmou entendimento que, podendo o cartel *soft* produzir algum benefício, este deveria ser analisado pela regra da razão. Em divergência aberta, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior argumentou que tal diferenciação da maneira sugerida fugiria do escopo legal, de modo que, *soft* ou *hard core*, ambos têm o mesmo objetivo e devem ser caracterizadas pela mesma conduta e padrão de análise, podendo, no máximo, se alterar a dosimetria para a conduta menos gravosa¹¹⁹.

Fato é que, independentemente de se entender por cartéis clássicos ou difusos, é necessário que haja a concepção de um acordo ou, ao menos, de uma prática concertada entre os agentes econômicos que tenham o objetivo de um cartel, isto é, o objetivo de fixação de preços, restrição de produção, alocação de clientes e territórios, *etc.*

¹¹⁷ MARTINEZ, 2013, p. 16, apud SANTOS, 2014, p. 24.

¹¹⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14**. Volume de Processo 59 (SEI 0124996). Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado (p. 221-256 PDF). Acesso em: 12 out. 2023. p. 5 do voto.

¹¹⁹ Nesse ponto, o voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no PA 08012.002568/2005-51 (SEI 0280482), a respeito da diferenciação entre o cartel clássico e difuso, registra: Em seu voto, a Relatora aduziu que cartéis “hard core” teriam análise pela regra per se e cartéis “soft” teriam análise pela regra da razão, o que não possui respaldo legal. A Lei 12.529/11 – ou a revogada Lei 8.884/94 – não faz qualquer distinção ou tipologia de cartéis para análise probatória ou para fixação de penalidades. Os parâmetros que a Lei 12.529/11 traz referem-se a critérios de dosimetria, nos quais os julgadores podem avaliar que algumas conformações de cartel podem ser menos gravosas que outras, diferenciando, portanto, tão-somente as penalidades aplicadas ou aplicáveis. Dessa forma, trazer uma tipologia (“hard”/“soft”) que a própria lei não trouxe é tentar encaixar na lei uma norma que sequer o legislador quis criar, ainda que se tente fazer qualquer tipo de interpretação sistemática da Lei 12.529/11 com qualquer outro diploma legal ou constitucional. Se for entendido que alguns cartéis são menos graves que outros, por qualquer razão, dever-se-ia fazer essa distinção apenas na dosimetria (especialmente no critério gravidade da infração) e não criar padrões de análise diferentes para práticas anticompetitivas subsumidas a um mesmo dispositivo legal, ou seja, a distinção deve ser na sanção e não no padrão probatório. Nesse raciocínio, divirjo da Relatora, pois entendo que todos os cartéis devem ser avaliados sob a mesma regra – regra per se –, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior (SEI 0276270). Acesso em: 12 nov. 2023.

Em ambas as modalidades, vale dizer, a identificação de provas se demonstra bastante complexa, em especial em cartéis difusos, onde as evidências são ainda mais escassas. Conforme explica Richard Whish e David Bailey, a existência de (i) agentes econômicos mais ativos que outros, (ii) membros que saem do acordo e depois retornam, (iii) a pouca disponibilidade de provas e essas sendo bem discretas, dentre outros, formam uma barreira para a apuração e eventual penalização das empresas e pessoas físicas investigadas¹²⁰. Tais situações, somados aos efeitos negativos presumidos, justificam, como visto, a utilização do método da regra *per se*.

Ademais, outro tipo de cartel conhecido, que também merece breves considerações, é o cartel *hub-and-spoke*, que pode estar inserido em ambos os contextos de institucionalização. Basicamente, tal tipo de cartel ocorre a partir de um processo de intermediação vertical, por meio do qual os concorrentes (“*spokes*”) se utilizam de um fornecedor *upstream* ou comprador *downstream* (“*hub*”) – ou seja, um agente fora da mesma cadeia produtiva – para auxiliar no acordo¹²¹. É, em si, uma troca indireta (vertical) de informações sensíveis em que se objetiva a prática concertada ou a efetivação de um acordo, ambos tendo por objetivo os efeitos típicos de um cartel.

Por fim, é notório que um cartel é uma prática anticompetitiva com enormes danos à concorrência que pode se apresentar de diferentes formas. Nesse contexto, o mais importante a se notar é que a troca de informações concorrencialmente sensíveis apresenta-se como um grande facilitador da implementação ou monitoração desse ilícito ao favorecer esse tipo de colusão com o fornecimento de informações de preços, qualidade de produtos, clientes e outras variáveis¹²².

Nesse tocante, cumpre destacar também que, sendo uma conduta mais gravosa e “maior” que a troca autônoma, que será abordada mais adiante, o cartel acaba por “englobar” várias das trocas de informações no controle de condutas, o que não exime a autoridade investigadora da necessidade de demonstrar a existência de acordo ou prática concertada com os fins já reiterados.

¹²⁰ WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 101.

¹²¹ GALVÃO, op. cit., p. 54.

¹²² SOUSA; MACHADO; MACEDO, op. cit.

I.3.3. Acordos de cooperação

Acordos de cooperação são acordos horizontais firmados entre concorrentes, atuais ou futuros, ou, até mesmo, entre entes não concorrentes¹²³. Diferentemente de um cartel, entretanto, tais operações “podem se fundar em objetivos que trazem benefícios para a competitividade e para os consumidores”¹²⁴. Nessa esteira, de acordo com a CE, acordos de cooperação podem servir para “compartilhar riscos, reduzir custos, aumentar investimentos, compartilhar *know-how*, incrementar a qualidade e a variedade de um produto, e ajudar na inovação”¹²⁵.

São exemplos comuns de acordos de cooperação as *joint-ventures*, os acordos de produção, a incluir acordos de padronização e de subcontratação, os acordos para o desenvolvimento e pesquisa, os acordos de compartilhamento de infraestrutura, os contratos associativos, entre outros¹²⁶¹²⁷.

Contudo, se, por um lado, tais acordos são capazes de favorecer a concorrência, como apresentado acima, por outro, também podem facilitar a troca de informações sensíveis entre os envolvidos. Neste cenário, há uma facilitação para o aumento de preços, a redução da qualidade dos produtos e serviços, e o desincentivo às inovações¹²⁸.

É, nessa esteira, que acordos de colaboração passam pelo controle prévio de estruturas das autoridades de defesa econômica, ocasião na qual a entidade antitruste poderá aprovar, aprovar com restrições ou reprovar o acordo firmado, antes da oficialização da transação, a verificar a conformidade desta para com a lei antitruste¹²⁹. Tal análise busca, em síntese, impedir que a livre concorrência fique em riscos pela formação de estruturas que possam causar danos à concorrência¹³⁰.

¹²³ Conforme alude a CE, é possível um acordo de cooperação entre empresas de um mesmo ramo, mas que atuem em mercados geográficos distintos: “In addition, these guidelines also cover horizontal co-operation agreements between non-competitors, for example, between two companies active in the same product markets but in different geographic markets without being potential competitors”. EUROPEAN COMMISSION, 2011, p. 4.

¹²⁴ NOVIS, Maria Eugênia; GLENK, Ana Bátia. A importância da cautela na estruturação de acordos de colaboração entre concorrentes. **Migalhas**. 13 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/363840/a-importancia-da-cautela-em-acordos-de-colaboracao-entre-concorrentes>>. Acesso em: 09 nov. 2023.

¹²⁵ Tradução livre de: “Horizontal co-operation agreements can lead to substantial economic benefits, in particular if they combine complementary activities, skills or assets. Horizontal co-operation can be a means to share risk, save costs, increase investments, pool know-how, enhance product quality and variety, and launch innovation faster”. EUROPEAN COMMISSION, 2011, p. 4.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ NOVIS; GLENK, op. cit.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ MAROSI; SOARES, op. cit.

¹³⁰ FRAZÃO, 2017b, p. 109-110.

Nessa análise, a respectiva troca de informações passa a ser examinada pela potencialidade e probabilidade de prejuízos à concorrência. Em outras palavras, é verificada a sensibilidade das informações a serem compartilhadas, a julgar a estrutura de mercado e as características das informações. Notadamente, não assumindo uma presunção de ilicitude, tal prática é analisada pela regra da razão¹³¹.

Logo, todas as informações a serem trocadas entre os agentes devem ser examinadas pela autoridade antitruste, assim como sopesadas com as respectivas e potenciais eficiências advindas do acordo. Se constatada uma informação, até necessária para a operação, mas que a sua troca seja mais prejudicial do que os benefícios do acordo ou se certos dados a serem compartilhados fujam do escopo necessário para atingir a sua finalidade, entra-se na esfera de ilicitude da prática. Com efeito, a operação poderá (i) ser reprovada de imediato, não autorizando a consolidação da transação, ou (ii) se for possível a sua manutenção com restrições, buscar-se-ão eventuais remédios para mitigar os efeitos negativos de tal dado.

Cumprir notar que, caso haja desrespeito às decisões imputadas pela autoridade para a operação, as práticas anticompetitivas cometidas nos acordos de cooperação poderão ser investigadas e condenadas no controle de condutas.

Por conseguinte, o que interessa assinalar é que a troca de informações entre concorrentes neste cenário corresponde ao intercâmbio ocorrido dentro de um arranjo colaborativo entre os agentes econômicos, arranjo este em que os objetivos podem ser plenamente válidos. Nela, o compartilhamento de dados ainda não foi efetuado – ou não deveria ter sido, sob risco de *gun jumping* – e seus dados serão examinados no controle de estruturas.

I.3.4. Gun Jumping

O *gun jumping* é um termo que faz referência aos atletas que “queimavam a largada” no atletismo antes mesmo do disparo que dava início à competição esportiva¹³². Em tradução não literal, significa o ato de se precipitar. Quando inserida no contexto concorrencial, por sua vez, representa a prática na qual empresas que estão em uma operação comercial de concentração se coordenam, com fins de adiantar os procedimentos comerciais ou de conclusão

¹³¹ LIMA, Ticiania. Cooperação entre concorrentes: desafios para o Cade e riscos para as empresas. **ConJur**. 07 nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-07/cooperacao-entre-concorrentes-desafios-cade-empresas>. Acesso em: 8 nov. 2023.

¹³² ALLENDESALAZAR, Rafael. Gun Jumping. Global Dictionary of Competition Law. **Concurrences**. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/gun-jumping>. Acesso em: 14 out. 2023.

do negócio, antes da aprovação da autoridade antitruste ou, então, antes de uma eventual desistência das partes¹³³.

Tal conceito, segundo a OCDE, cobre um conjunto de diferentes infrações no controle de estruturas e pode ser categorizado em dois momentos diversos, a saber (i) quando a implementação da operação acontece sem que haja aviso prévio, nos casos que são expressamente exigidas a notificação, ou (ii) quando a conclusão total ou parcial da operação é efetivada depois da notificação, porém antes da aprovação da entidade antitruste¹³⁴.

Interessa realçar que, dentre as possíveis condutas praticadas que poderiam configurar *gun jumping*, está a partilha de informações sensíveis. Segundo a organização, tal prática poderia acabar por formalizar um acordo horizontal e, dependendo da jurisdição, isso poderia ser punido como (i) uma mera violação anticompetitiva, (ii) uma mera infração específica de *gun jumping*, ou (iii) ambos¹³⁵.

O Brasil, também vale citar, possui guia dedicado para tratar o *gun jumping*, como já mencionado. No mesmo sentido que a OCDE, o CADE também asseverou que a consumação prévia poderia ocorrer, dentre outras possibilidades, pela troca de informações entre agentes envolvidos em um determinado ato de concentração¹³⁶

Sobre isso, a entidade reconhece que o intercâmbio de dados faz parte da esfera negocial, entretanto salienta que determinadas informações devem ser evitadas de serem trocadas - as denominadas informações sensíveis. Isso decorre do fato que certos dados têm a capacidade de prejudicar a concorrência e consolidá-los antes mesmo de uma validação da autoridade apresenta um risco ao ambiente concorrencial. Nesse sentido, o material da autarquia recomenda que as partes ao trocarem informações adotem as seguintes medidas: a agregação e anonimização dos dados, informações defasadas, e a utilização de *clean teams* e *parler rooms*¹³⁷¹³⁸.

¹³³ SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. **Revista do CADE**, v. 1, n. 2, p. 92-118, 13 out. 2023. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/70/72>. Acesso em: 12 out. 2023. p. 95.

¹³⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/suspensory-effects-of-merger-notifications-and-gun-jumping-2018.pdf>. Acesso: 22 out. 2023. p. 17.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2015, p. 7.

¹³⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2015, p. 8.

¹³⁸ Conforme explica o Guia, “*clean teams*” são comitês independentes formados por funcionários, consultores independentes ou ambos, que, com um termo de confidencialidade, tratam das informações trocadas. *Parlor rooms* referem-se a reuniões pelo comitê executivo (outro comitê instaurado durante o ato de concentração), as quais são

De todo modo, em caso de eventuais “trocas de informações sensíveis, combinação de preço entre concorrentes, e ingerência nas decisões da empresa adquirida” antes da aprovação do entidade antitruste, o Guia alerta que será aplicada uma pena pecuniária aos agentes envolvidos com a consumação prévia da operação (condenação pelo *gun jumping*), assim como também será instaurado um outro processo administrativo para averiguar os danos à ordem econômica resultados da prática cometida e, se for o caso, aplicar as respectivas sanções¹³⁹.

Assim, em síntese, resta evidente que a troca de informações sensíveis no *gun jumping* também ocorre no controle de estruturas, tal qual ocorre nos acordos de cooperação. Diferencia-se daquela, entretanto, porquanto a preocupação nesta reside na possibilidade das partes já terem trocado informações antes da aprovação da operação¹⁴⁰ - e não mais na verificação de uma situação futura -, além de que pode acontecer em qualquer tipo de ato de concentração não aprovado – e não limitado aos acordos de cooperação.

I.3.5. Troca de informações entre concorrentes enquanto conduta autônoma

No que se refere ao assunto afeto desta monografia, rememora-se que a troca de informações autônoma constitui cenário de troca de informações entre concorrentes em que o compartilhamento de informações sensíveis é a única forma de cooperação entre os *players*, não se comportando como mera conduta auxiliar das demais práticas que também se utilizam de troca de informações.

Nas palavras de Sousa, Machado e Macedo, tal prática é caracterizada por “uma forma de coordenação entre as empresas, sem ter chegado a qualquer estágio de acordo”¹⁴¹. Nesse diapasão, resgata-se entendimento da OCDE que reforça essa ideia ao destacar que a troca autônoma “não faz parte de um cartel ou arranjo mais abrangente”¹⁴².

Isto posto, é evidente que o grande elemento diferenciador dessa troca em relação às demais é o fato de não pertencer a alguma espécie de acordo ou arranjo. Logo, diferencia-se do *gun jumping* e dos acordos de cooperação, porquanto as trocas de informação entre concorrentes enquanto conduta autônoma (i) não estão inseridas dentro de uma consumação prévia de atos de concentração ou de acordos de cooperação como de pesquisa e desenvolvimento, *joint-*

supervisionadas e registradas por membro independente para evitar qualquer troca ou consumação prévia. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2015, p. 10-13.

¹³⁹ CADE, 2015, p.

¹⁴⁰ SOUSA; MACHADO; MACEDO, op. cit.

¹⁴¹ Tradução livre de: “This conduct is characterised by a form of coordination between undertakings that, without having reached the stage of an agreement” SOUSA; MACHADO; MACEDO, op. cit.

¹⁴² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, p. 22.

ventures, contratos associativos e outros, além do fato de que (ii) não são analisadas pelo controle de estruturas.

Por sua vez, diferencia-se de um cartel, uma vez que os dados compartilhados não estão dentro de uma prática cartelista, entendidos como acordos ou práticas concertadas com o objetivo de fixação de preços, alocação de clientes, divisão de mercado, apresentação de propostas em licitações, e restrição de produção. Um dado compartilhado com outro concorrente que não verse sobre tais assuntos listados acima e não envolva outros tipos de acordos será considerado uma troca autônoma, portanto.

O problema consiste, no entanto, quando a informação está relacionada diretamente com tais assuntos, porém o acordo ou arranjo não é evidente. Nessa ocasião de controle de condutas, a teoria supramencionada indica que, não havendo o arranjo ou o acordo, uma informação sensível de preços, a título de exemplo, pode ser visualizada como uma prática independente. Na prática, todavia, surge a dúvida se, ainda que sem o acordo ou arranjo explícito, essa informação trocada não poderia indicar uma prática concertada eventual entre os concorrentes, com um acordo ou arranjo implícito, de difícil apuração, como, por exemplo, nos casos de cartéis *soft*, termo, vale dizer, adotado na jurisdição brasileira.

Cartéis difusos, relembra-se, são justamente aqueles cartéis que ocorrem de maneira eventual e menos institucionalizada, não havendo um acordo claro entre os agentes, mas tendo, ao fim e ao cabo, o mesmo objetivo de um cartel clássico.

Desse modo, em uma investigação de lista de preços compartilhados em que não há um acordo ou arranjo expresso, por exemplo, restaria a dúvida se tal listagem corresponde a uma troca autônoma, sem acordo ou concerto algum, ou se representa, por si só, uma prática concertada, eventual e pouco institucionalizada que teria por objetivo os efeitos de um cartel clássico.

Registra-se que uma justificativa que poderia, inclusive, ser utilizada para sustentar essa última posição é de que, em casos de preços e outros dados sensíveis, não se visualizam outros objetivos, intenções e efeitos que não os cartelistas. Assim, o seu mero compartilhamento poderia indicar uma prática concertada e, conseqüentemente, um cartel.

O assunto é complexo e confuso, mas se entende que cabe exclusivamente à autoridade antitruste esclarecer e consolidar um posicionamento sobre a temática exposta. Mais precisamente, é preciso elucidar (i) se uma determinada informação potencialmente cartelista é capaz de, por si só, caracterizar um acordo ou arranjo implícito com objetivos cartelistas, de maneira a configurar um cartel, ou, então, (ii) se, para além do conteúdo do dado, são

necessários mais elementos para a configuração de um acordo ou arranjo, situação na qual um mero intercâmbio dessas determinadas informações potencialmente cartelistas, sem acordo evidente, seria investigado como troca autônoma de informações.

Dito isto, considerando todo o exposto, conclui-se que a troca autônoma de informações entre concorrentes é aquela que não se insere em outras práticas e acordos. No caso de acordos de cooperação e *gun jumping*, a diferença é mais evidente, porquanto são cenários mais específicos e pertencem a controles concorrenciais diferentes. Por sua vez, em relação ao cartel, diferencia-se pela não identificação de um acordo ou práticas concertadas. Entretanto, salienta-se que, na presença de informações sensíveis que poderiam ser cartelistas, a distinção entre uma troca autônoma e um cartel demonstra-se mais complexa, sendo papel das autoridades antitruste, em especial aquelas que adotam o conceito de cartel *soft* em sua jurisprudência, a consolidação de um posicionamento.

II. DO ENTENDIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO ACERCA DAS TROCAS DE INFORMAÇÕES SENSÍVEIS

III.1. Legislação e normas brasileiras sobre repressão de condutas anticompetitivas e a troca de informações entre concorrentes

Não é factível abordar o posicionamento do CADE acerca da troca autônoma de informações concorrencialmente sensíveis sem que antes se analise as legislações e normas pertinentes e, assim, se apure o que já existe sobre o tema em apreço no ordenamento jurídico brasileiro – afinal, a entidade estará sujeita a elas.

Nesse sentido, observa-se, de início, que o CADE é autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Orientada pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder público, a referida legislação buscou reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica¹⁴³.

Para fins deste trabalho, interessa ressaltar o seu art. 36, *caput*, que aborda as infrações à ordem econômica. De acordo com o dispositivo, “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços, (iii) aumentar arbitrariamente os lucros, e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante”.

Nesse ponto, o art. 36, § 3º, traz um rol exemplificativo de práticas que podem caracterizar tais infrações, rol este que deve ser necessariamente observado junto ao *caput* acima mencionado, tendo em vista que o mero exercício dessas condutas não consiste, de imediato, em ilícito concorrencial só pelo fato de estar descrito na lei. É preciso que tais condutas possam causar ou causem danos ao ambiente concorrencial, o que pode ocorrer pelo objeto do ato (ilícito por objetos) ou pelos seus efeitos (ilícitos por efeitos).

Para efeitos de completude e ilustração das práticas que podem configurar infrações à ordem econômica, transcreve-se integralmente o referido dispositivo:

¹⁴³ BRASIL. Lei n 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 06 nov. 2023.

Art. 36. [...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Ibidem.

O mais importante de se perceber, a partir do rol acima, é que a troca de informações concorrencialmente sensíveis não é nominalmente apontada como uma possível infração. Como ratifica Ana Paula Martinez e Mariana Tavares de Araújo, “a lei concorrencial brasileira, similarmente às leis antitruste da maioria das jurisdições, não possui provisões específicas proibindo a troca de informações”¹⁴⁵. A conduta autônoma em específico, notadamente, é ainda menos abordada.

Isso, todavia, não significa que tal prática – a troca de informações entre concorrentes - não possa ser repreendida pelo CADE. A título de exemplo, o “cartel”, sendo um cenário de troca de informações, também não está nominalmente descrito na Lei Antitruste, mas corresponde ao inciso I do dispositivo (“acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente”). Da mesma forma, uma eventual troca de informações independente ilícita poderia, por exemplo, se enquadrar no inciso II (“promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”).

Ainda que não seja o caso da aplicação desses incisos, vale lembrar que tal rol é meramente exemplificativo ao estabelecer, no dispositivo em questão, que “as seguintes condutas, **além de outras**, [...] caracterizam infração da ordem econômica” (sem grifo no original). Com efeito, qualquer conduta que tenha como objeto ou capacidade de produzir efeitos mencionados no art. 36, *caput*, ainda que não listada no § 3º, poderá ser advertida pelo CADE.

Dessa forma, nota-se que, em que pese não haja manifestação explícita sobre a repressão da conduta autônoma, a legislação concorrencial autoriza a repressão desta, devido ao fato de possuir um campo genérico e aberto de infrações, isto é, uma tipicidade aberta¹⁴⁶. Ou seja, a troca autônoma poderia, sim, vir a ser julgada pela entidade em uma investigação da prática.

Para além da legislação supramencionada, vale atentar que o CADE também detém um Regimento Interno, que regulamenta a organização e o funcionamento da autoridade antitruste. Nele, ao contrário da Lei 12.529/11, a troca de informações entre concorrentes é abordada, mesmo que de maneira breve.

Art. 107. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, será prévio.

¹⁴⁵ Tradução livre de: “Brazil’s competition law, similarly to competition laws in most jurisdictions, does not have specific provisions prohibiting exchanges of information”. MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. **Information Exchange among Competitors: The Lay of the Land of Enforcement in Brazil: Competition Policy Internacional**. March, 2020. Disponível em: <https://www.pymnts.com/cpi_posts/information-exchange-among-competitors-the-lay-of-the-land-of-enforcement-in-brazil/>. Acesso em: 09 out. 2023, p. 4.

¹⁴⁶ FRAZÃO, 2017b, p. 256-259.

§ 2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, **bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes**¹⁴⁷.

Como se observa, a entidade alude a troca de informações em um contexto de *gun jumping*, assunto que a autarquia tem demonstrado bastante interesse desde meados da década passada. Sobre a temática, importante lembrar que a autoridade brasileira também publicou, em 2015, o já mencionado “Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração”, onde também registrou preocupação com a prática e a possibilidade de compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis nesse cenário¹⁴⁸.

Tais materiais, ainda que se direcionem para um contexto específico, demonstram, em maior ou menor medida, o receio da instituição em face dos possíveis efeitos concorrenciais negativos advindos de um compartilhamento de dados entre agentes econômicos. Sendo a conduta autônoma um dos cenários possíveis de troca de informações sensíveis entre concorrentes, é possível assumir que a prática isolada também faz parte do escopo de preocupação da autarquia.

Logo, diante de todo o exposto, resta claro que não há nada que impeça a troca independente de informações de fazer parte do escrutínio antitruste da autoridade brasileira, uma vez que (i) tais práticas podem se enquadrar na definição legislativa de infração à ordem econômica, e a (ii) a própria entidade reconhece, em seus materiais, a potencialidade lesiva em caso de compartilhamento de informações sensíveis.

Desse modo, passa-se, finalmente, a verificar o posicionamento institucional do CADE sobre a troca de informações concorrencialmente sensíveis enquanto conduta autônoma, tema central desta monografia.

III.2. Posicionamento do CADE: Superintendência-Geral e Tribunal Administrativo

III.2.1. Considerações iniciais

É preciso esclarecer, de início, que a prática de troca de informações sensíveis não é assunto propriamente novo no âmbito do CADE¹⁴⁹ - seja em sede de controle de estruturas, seja

¹⁴⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Regimento Interno do CADE**, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

¹⁴⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2015, p. 7.

¹⁴⁹ RODRIGUES; BINOTTO; OLIVEIRA, op. cit. p. 4.

em sede de controle de condutas. Afinal, cartéis, acordos de cooperação e infrações de *gun jumping* já passaram pelo escrutínio da autoridade em diversas oportunidades no passado, em especial o primeiro por se tratar da mais gravosa e mais combatida infração na esfera da defesa da concorrência.

Não obstante, como salientado na “Introdução”, a impressão gerada para quem acompanha a autarquia é de que a troca de informações concorrencialmente sensíveis enquanto conduta autônoma não é tema consolidado na jurisprudência da entidade, tal qual ocorre com os demais cenários supramencionados.

Oportuno comentar, neste instante, que a impressão possui fundamento. Conforme estudo elaborado por Ana Paula Aparecida Guimarães de Paula e Raquel Mazzuco Sant’Ana, no qual se examinou o julgamento, total ou parcial, em áreas técnicas e no Tribunal (votos) do CADE, de troca de informações sensíveis entre o dia 29.05.2012, início da vigência da Lei 12.529/11, e o dia 14.09.2020, quando finalizaram o trabalho, o que se notou foi que, em um período de mais de oito anos, não houve sequer um único caso de condenação pela autoridade em relação à conduta autônoma, estando sempre vinculada a outro ilícito¹⁵⁰. *In verbis*:

Com essa delimitação, o escopo da pesquisa consistiu em 70 Processos Administrativos.

[...]

A partir desses dados, **a conclusão que chama a atenção é a ausência de condenações em que a Troca de Informações Concorrencialmente Sensível tenha sido identificada como única conduta investigada e reprimida pela autoridade antitruste**, de modo que em todos os casos ela foi apontada por desempenhar um papel instrumental para a prática de outras infrações.

Em síntese, em 70% dos casos (49 casos), a TIS ocorreu no contexto de um cartel; em 27,14% (19 casos) a conduta foi associada à infração de obter, promover ou influenciar conduta comercial uniforme; em 1,4% (01 caso) verificou-se TIS em investigação de cartel e tabelamento de preço; e em mais 1,4% (01 caso) a conduta foi objeto de análise associada à ocorrência simultânea de cartel e conduta comercial uniforme. (sem grifo no original)¹⁵¹

E se pode ir além: não existe nenhum julgado específico relacionado à referida matéria na jurisprudência concorrencial brasileira até o fechamento deste trabalho, conforme o próprio

¹⁵⁰ PAULA, Ana Paula Aparecida Guimarães de; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. Novos paradigmas na análise da troca de informações concorrencialmente sensíveis: Para além da análise per se v. regra da razão. **Revista do IBRAC**. ed. 1, p. 439-463, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153394/novos_paradigmas_analise_guimaraes.pdf#:~:text=Com%20base%20na%20estrutura%20delineada%20pela%20Lei%20n%C2%B0,portanto%2C%20provar%20seus%20efeitos%20negativos%20para%20a%20concorr%C3%Aancia>. Acesso em: 11 out. 2023. p. 450.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 450-451

CADE reconhece no Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, processo este em trâmite que investiga suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado de trabalho relacionado a healthcare, dentre as quais a troca de informações sensíveis.

Na ocasião da Nota Técnica de Instauração (SEI 0877689), exaurada no dia 12.03.2021, a SG frisou: “[a]inda que não se verifique um precedente específico sobre prática concertada ou troca de informações concorrencialmente sensíveis no cenário brasileiro, a conduta de indução à conduta uniforme tem sido usualmente caracterizada como um ilícito por objeto pelo CADE” (sem grifo no original).

O mesmo entendimento foi repetido na Nota Técnica nº 61 (SEI 1266850), em 03.08.2023, oportunidade na qual tal órgão aludiu que “[t]er na jurisprudência do Cade muitos casos de cartel e nenhum de troca de informações concorrencialmente sensíveis como prática autônoma também não significa que a SG/Cade esteja realizando uma nova interpretação da lei” (sem grifo no original).

Ora, podendo assumir forma de conduta acessória, é natural e esperado que as trocas de informações possam ser englobadas, em sua maioria, por práticas mais abrangentes onde se há acordo ou arranjo. Não obstante, não existir na jurisprudência do CADE nenhum caso condenatório e/ou específico de conduta autônoma causa, no mínimo, surpresa.

A esse respeito, Ana Paula Martinez e Mariana Tavares Araujo, em estudo realizado no início de 2020 sobre o *enforcement* do CADE frente à troca de informações entre concorrentes, evidenciaram que o CADE historicamente considera e associa tais trocas, no âmbito do controle de condutas, a cartéis, havendo pouquíssimos casos em que a prática de troca de informações não tenha sido investigada como um acordo horizontal cartelista¹⁵².

De acordo com as autoras, uma possível justificativa para isso seria o fato de que o conceito de cartel adotado na legislação brasileira é mais amplo do que em outras jurisdições, o que teria o condão de abarcar mais possibilidades¹⁵³. Nada obstante, atestaram que o CADE tem caminhado, nos últimos anos, para conceber e reconhecer a conduta autônoma de troca de informações concorrencialmente sensíveis em sua jurisprudência¹⁵⁴. Nos termos das autoras:

Ainda assim, o CADE parece estar tentando diferenciar a troca de informações sensíveis como uma conduta independente daquelas trocas que fazem parte da dinâmica do cartel. Em setembro de 2016, o CADE iniciou uma investigação, com base em um acordo de leniência, contra 28 produtores de autopeças e 66 indivíduos, que supostamente participaram da troca de informações comerciais e competitivamente sensíveis que facilitaram e potencialmente permitiram a adoção de

¹⁵² MARTINEZ; ARAUJO, op. cit., p. 4.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibid., p. 5.

práticas semelhantes ou uniformes entre empresas ativas no mercado de reposição. A Nota Técnica que iniciou a investigação às vezes se referia a cartel e, em outras vezes, à troca de informações sensíveis como uma conduta em si. No entanto, em sua decisão preliminar emitida em agosto de 2018, a Superintendência-Geral afirmou que a conduta sob investigação é estritamente a troca de informações, e não um cartel, e reconheceu que o prazo de prescrição aplicável é de 5 anos. Em julho de 2019, [em outro caso] o Tribunal do CADE reconheceu que, embora a troca de informações comercialmente sensíveis possa facilitar a atividade de cartel, ela é uma conduta independente¹⁵⁵.

A primeira investigação mencionada pelas autoras refere-se ao Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53 que, em que pese analise a troca de informações sensíveis no mercado de autopeças *aftermarket* fora de um contexto *cartelista*, ainda não foi julgado e segue em andamento. O segundo, por seu turno, remete ao Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, o qual o Tribunal, ao julgar um cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de material rodante e sistemas auxiliares e manutenção de trens e metrô, reconheceu a existência da prática autônoma.

Além desses, as autoras registraram em tabela própria que o Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00, por meio do qual se examinou um cartel internacional no mercado de unidades de discos ópticos, também abordou brevemente a troca autônoma de informações¹⁵⁶. Julgado em fevereiro de 2019, o Tribunal entendeu, nesse caso, que não haveria provas suficientes para a condenação de um dos Representados pela prática de um cartel, tendo somente evidências de troca de informações sensíveis.

Nesse mesmo seguimento, Ana Paula Aparecida Guimarães de Paula e Raquel Mazzuco Sant’Ana também ratificaram que, apesar de inexistir precedente condenatório em sua jurisprudência, o CADE tem reconhecido a autonomia da conduta, dando o exemplo do Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10, em que se averiguou cartel internacional nos mercados de cabos subterrâneos de alta tensão e de cabos submarinos de alta tensão de

¹⁵⁵ Tradução livre de: “Nonetheless, CADE seems to be attempting to differentiate exchange of sensitive information as an independent conduct from those exchanges that are part of the dynamics of the cartel. In September 2016, CADE initiated an investigation, based on a leniency agreement, against 28 auto parts producers and 66 individuals, that allegedly participated in the exchange of commercially and competitively sensitive information that facilitated and potentially enabled the adoption of similar or uniform practices amongst companies active in the aftermarket. The Technical Note that initiated the investigation at times referred to cartel and, at other times, to exchange of sensitive information as a conduct itself. However, in its preliminary decision issued in August 2018, the GS stated that the conduct under investigation is strictly exchange of information, and not a cartel, and acknowledged that the statute of limitations applicable is 5 years. In July 2019, CADE’s Tribunal recognized that even though exchange of commercially-sensitive information may facilitate cartel activity, it is independent conduct”. *Ibid.*, p. 5.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 5-6.

tensões mais baixas¹⁵⁷. Naquela ocasião, o Tribunal entendeu, em julho de 2019, que determinados Representados teriam implicado somente na troca autônoma de informações sensíveis e não na prática cartelista, implicando na aplicação da prescrição quinquenal.

Tal onda recente de considerações e investigações relacionadas às trocas independentes de informações por parte do CADE, aliás, tem chamado atenção. Em artigo publicado em 2019 por Eduardo Frade Rodrigues, Anna Binotto e Mariana Oliveira, os autores observaram que “a preocupação com essa prática tem crescido de forma clara”, em especial diante da “proliferação de novas atividades econômicas que envolvem coleta, tratamento e compartilhamento de dados sensíveis”¹⁵⁸.

Nesse contexto, apontaram, para além dos já citados Processos Administrativos nº 08700.006386/2016-53 e 08012.001395/2011-00, o Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71 como um caso referência acerca da prática isolada de troca de informações sensíveis. Tal processo ainda está em andamento e investiga o compartilhamento de informações comercial e concorrencialmente sensíveis, fora de um cartel, no mercado internacional de corretagem de seguros e resseguros para aviação e aeroespacial¹⁵⁹.

Portanto, em resumo, o CADE, embora não tenha precedente que verse e discuta especificamente a troca independente de informações sensíveis, possui (i) alguns procedimentos administrativos em trâmite que tratam sobre a prática, com manifestações em notas técnicas da SG e (ii) entendimentos ocasionais da matéria em notas técnicas e votos em processos de outras condutas.

Logo, diante dessa situação de não existir um precedente mais concreto e específico para verificar o posicionamento da instituição sobre a conduta autônoma de troca de informações, este trabalho optou por examinar o entendimento preponderante exaurido até então. Dessa forma, recorreu-se aos Processos Administrativos citados acima pelos autores, a obter informações sobre o ilícito investigado, ainda que em menor escala, por meio das notas técnicas da SG e de *obiter dicta*.

Além disso, também se decidiu pela realização de uma pesquisa processual complementar na Pesquisa Pública do CADE. Para isso, foram procurados documentos do controle de condutas (votos e notas técnicas), em trâmite ou já julgados, gerados entre

¹⁵⁷ PAULA; SANT’ANA, op. cit., p. 451.

¹⁵⁸ RODRIGUES, Eduardo Frade; BINOTTO, Anna; OLIVEIRA, Marianna Rodrigues. Troca de informações concorrencialmente sensíveis. **JOTA**. 27 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/troca-de-informacoes-concorrencialmente-sensiveis-2-27062019>>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

01.01.2016, ano em que, conforme visto, se observou o início da respectiva onda de apuração e reconhecimento da conduta, até 15.10.2023, data de fechamento deste trabalho, a partir das palavras-chave “troca de informações sensíveis”, “autônomo/a” e similares.

Dentre os vários resultados encontrados, poucas foram as ocorrências que se discutiam exatamente a troca de informações sensíveis – e menos casos ainda que debateram a conduta autônoma. A despeito disso, foram encontrados alguns documentos úteis, que merecem ser adicionados neste trabalho, como, por exemplo, o Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61 (mercado de trabalho relacionado a *healthcare*), mencionado anteriormente.

Por conseguinte, considerando que, em sua maioria, há apenas apontamentos breves sobre a conduta, passa-se a analisar todos aqueles procedimentos administrativos encontrados – sejam eles citados nos materiais acima, sejam eles encontrados *via* pesquisa processual – que agregam valor, em alguma medida, à visualização do entendimento da entidade.

III.2.2. Procedimentos administrativos relacionados a troca autônoma de informações sensíveis

III.2.2.1. Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53

Ainda em andamento, o Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53, instaurado em 28.09.2016, tem por escopo a análise da troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis entre concorrentes no mercado independente de peças automotivas de reposição (*aftermarket*).

De acordo com a Nota Técnica nº 10/2016 (SEI 0246247), nota técnica de instauração, a conduta teria supostamente ocorrido entre 2003 a 2016, por meio do qual, mediante contatos bilaterais ou multilaterais esporádicos e informais, foram compartilhados dados sobre (i) faturamento; (ii) preços; (iii) capacidade; (iv) produtividade; (v) volume de produção; (vi) níveis de vendas; (vii) reajustes de preços; (viii) vendas; (ix) descontos; (x) termos de pagamento; (xi) inadimplência; (xii) clientes; (xiii) estrutura comercial; como número de representantes e seus salários/benefícios; (xiv) garantia; (xv) assistência técnica; (xvi) carteira de pedidos; (xvii) transportadoras; (xviii) frete; (xix) eventos; (xx) distribuidores; (xxi) participações de mercado; (xxii) custos; e (xxiii) marketing.

Na visão da SG, tais informações teriam o condão de facilitar, influenciar ou viabilizar a adoção de práticas comerciais similares ou uniformes entre concorrentes. Nessa esteira, o órgão, inclusive, salientou que “a dinâmica anticompetitiva [em análise] possui contornos

bastante específicos e peculiares que a distingue e distância das demais práticas que atualmente estão sendo investigadas nos Processos Existentes [no setor de autopeças]”¹⁶⁰.

Durante a análise de instauração, a SG levantou discussões teóricas acerca de cartéis, assim como de “aspectos gerais de troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes”. Nessa última seção, o órgão utilizou-se do entendimento da OCDE de que a troca de informações entre concorrentes pode se inserir em três contextos diferentes (como cartel, como parte de um acordo de cooperação e como uma conduta autônoma).

Também esclareceram que esse comportamento entre concorrentes pode acarretar benefícios e malefícios à concorrência, a analisar a natureza da informação, a forma que foi trocada e a estrutura do mercado. *In verbis*:

Em relação aos possíveis efeitos pró competitivos da troca de informações entre concorrentes, se discute sobre os ganhos proporcionados pela redução das assimetrias informacionais, uma vez que os benefícios gerados no ganho de eficiência das empresas podem ser repassados para os consumidores. Em tese, com o aumento da transparência no mercado, os concorrentes adquirem maior conhecimento de mercado e, em alguns setores, pode facilitar a entrada de novos competidores que podem avaliar com mais precisão os custos de entrada e os riscos a serem enfrentados. Além disso, tal aumento de transparência também poderia facilitar a melhoria da performance das empresas que, por meio do acesso a informações do mercado, podem adotar estratégias mais eficientes.

Em relação aos possíveis efeitos anticompetitivos, sugere-se que a troca de informações pode facilitar a colusão entre concorrentes ao permitir que eles se coordenem, monitorem a adesão ao comportamento colusivo e punam aqueles que não atuam nos termos do acordo. Para que se verifique a possibilidade de produção de efeitos negativos, os seguintes aspectos devem ser considerados, nos termos da OCDE e da COFECE:

- (i) a natureza da informação: a natureza da troca pode, por si mesma, revelar o objetivo colusivo quando estão presentes condições de inferir que a troca não tem outro propósito se não o de coordenar atividades em detrimento da concorrência. O compartilhamento de informações estratégicas entre concorrentes pode originar ou facilitar comportamentos colusivos ao (i) facilitar um entendimento comum sobre os termos da coordenação; (ii) auxiliar os agentes coordenados a monitorar se os termos do acordo estão sendo cumpridos; e (iii) facilitar e reduzir os custos de punição de desvios. Além disso, é necessário observar não apenas o conteúdo informação, mas também, o quão recente é a informação, o nível de detalhamento, a frequência com que essa mensagem é compartilhada e se a informação compartilhada é pública ou acessível a outros agentes.
- (ii) a estrutura do mercado afetado: seria mais fácil realizar e sustentar uma conduta coordenada quando ela ocorre em um mercado concentrado. Assim, troca de informações em mercados em que atuam poucos players, devem ser analisados com maior cautela. Além disso, a fim de verificar a ilicitude das trocas, é importante levar em consideração, por exemplo, a transparência do

¹⁶⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53**. Nota Técnica nº 10/2016 (SEI 0246247). Acesso em: 15 nov. 2023.

mercado, a simetria entre os concorrentes, as características do produto (a colusão é facilitada quando os produtos são homogêneos), a dinâmica do mercado (mercados que mudam com frequência tendem a gerar maior incerteza e criar uma série de incentivos a diversos agentes, dificultando acordos colusivos) e inovação (quanto menor, mais fácil a coordenação entre concorrentes).

- (iii) a forma como ocorre a troca de informações: as empresas tipicamente podem trocar informações de forma direta ou através de terceiros, e também de modo formal ou informal. Apesar das trocas diretas e privadas serem consideradas as mais suspeitas, também existe grande risco de colusão no âmbito das trocas que são realizadas por meio de terceiros (como sindicatos). Dessa forma, ainda que a troca de informações seja forma e através de terceiros, a análise deve ser feita de modo completo.¹⁶¹

Ao se ater ao caso concreto, a SG asseverou que as informações trocadas pelas Representadas poderiam, sim, facilitar colusões, em especial por se tratar de dados recentes, atuais ou futuros, não sendo estes públicos, a facilitar ações anticompetitivas e motivando a abertura do processo.

Os elementos existentes indicam que essas trocas de informação permitiram que os membros do arranjo anticompetitivo **previssem com alguma especificidade e confiabilidade fatores como preço, venda/produção, estratégias de negócio umas das outras e estruturar uma atuação coordenada/alinhada e estratégica, com efeito de prejudicar ou limitar a concorrência no mercado independente de peças automotivas de reposição**. O teor desse compartilhamento indica que as Representadas tinham ou deveriam ter tido consciência dos efeitos anticompetitivos. Esse compartilhamento de informações permitiu que os **concorrentes comparassem, alinhassem ou equalizassem suas estratégias, ganhando maior confiança ao reajustar preços, na medida em que sabiam que outros players importantes do setor também reajustariam seus preços em níveis ou em períodos semelhantes**.

[...]

As trocas abarcavam **dados recentes, atuais ou futuros, não compartilhados em outros foros, com vistas a permitir que as empresas alinhassem sua atuação no mercado com base nas informações comercialmente sensíveis compartilhadas**. Em razão disso, existia a necessidade de que essas informações fossem fornecidas **com alto nível de detalhamento e de forma segregada**.¹⁶² (sem grifo no original)

Ademais, em 2018, na Nota Técnica nº 82/2018 (SEI 0511326)¹⁶³, relacionado a questões preliminares, o órgão ratificou se tratar de um caso de troca de informações sensíveis (independente) e não de um cartel, de sorte que entendeu pela aplicação da prescrição administrativa quinquenal – e não mais a prescrição criminal da prática cartelista. A despeito

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ O mérito da referida nota técnica encontra-se em acesso restrito, de modo que essa informação foi obtida pela Nota Técnica 39/2019 (SEI 0618233).

disso, ressaltaram que tal prescrição somente poderia ser conferida ao final da instrução processual, já que novos fatos e provas ainda poderiam ser juntados aos autos.

Nesse ponto, registra-se que, apesar de ter sido instaurado em 2016, o processo sequer saiu da fase de instrução até o fim deste trabalho, em outubro de 2023, não havendo, assim, um posicionamento final da SG e menos ainda do Tribunal acerca da conduta investigada em questão. Nada obstante, desde a instauração deste processo, importante notar a homologação de Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”), conforme se extrai do Despacho SG nº 1589/2018 (SEI 0559066). Tais TCCs, homologados pelo Tribunal, fornecem informações valiosas sobre a prática.

Em todas as notas técnicas dos seis requerimentos de TCC, ao abordarem a alíquota da multa esperada, foi observado que, sendo conduta diversa de cartel, inclusive o difuso, não caberia a utilização da mesma alíquota deste para a prática independente de troca de informações, menos gravosa¹⁶⁴. Dessa forma, optou-se pela aplicação de uma percentagem (alíquota) inferior ao recomendado no “Guia de Termos de Compromisso de Cessação para casos de cartel” tanto para cartéis clássicos quanto para cartéis difusos.

Para justificar tal diferenciação das condutas e uso de alíquotas distintas, registrou-se que cartéis difusos requerem outros requisitos não presentes na troca autônoma de informações concorrencialmente sensíveis, como algum elemento de combinação de variáveis. A ver:

Com relação à alíquota, o Tribunal do Cade, sob a égide da Lei nº 12.529/2011, tem aplicado multas entre 5 a 12%, conforme o Guia de TCC, para casos de cartel difuso. Em princípio, o presente caso poderia ser considerado como um cartel difuso em razão das condutas investigadas serem, basicamente, trocas de informações concorrencialmente sensíveis.

Todavia, há a necessidade de estarem presentes outros requisitos para a caracterização de um cartel, ainda que difuso, como algum tipo de combinação de variáveis que possam impactar no preço final do produto objeto do cartel como, por exemplo, acordos que envolvam preços do produto, valores dos custos, percentuais de reajuste de preços, alocação de clientes, divisão geográfica, entre outras formas de combinação.

No entanto, a conduta específica deste caso não configurou um cartel propriamente dito, mas apenas a existência de uma troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes.

Acrescente-se, ainda, que muitas dessas trocas, senão a maioria, eram relativas a produtos que não concorriam entre si, pois o que unia as empresas participantes desta conduta era o fato de serem fabricantes de autopeças para o mercado de reposição, um mercado que reúne inúmeros tipos de peças, e que pretendiam, com a troca de informações, estabelecer estratégias de vendas, de logística e de

¹⁶⁴ Requerimento de TCC nº 08700.006721/2016-13, 08700.006694/2016-89, 08700.006955/2016-61, 08700.006875/2016-13, 08700.007988/2016-28 e 08700.001359/2017-75.

marketing uniformes. Assim, não houve um cartel relativo a um produto específico, tendo em vista que os produtos dos concorrentes nem sempre eram coincidentes e se caracterizavam por formar um conjunto de autopeças.

Assim sendo, a Superintendência-Geral considerou que, para condutas que se caracterizam apenas por uma troca de informações, as multas esperadas em uma eventual condenação devem ficar abaixo do intervalo de 5% a 12% sugerido pelo Guia de TCC para cartéis difusos.¹⁶⁵ (sem grifo no original)

A porcentagem utilizada, frisa-se, não foi revelada publicamente.

Chama-se atenção, neste ponto, que tais TCCs não impõem um posicionamento ao Tribunal no julgamento do Processo Administrativo. Mesmo assim, é esperado que se preserve a coerência e a proporcionalidade na deliberação do feito.

Logo, é possível dizer que o CADE – sob a atuação exclusiva da SG - não só admitiu a existência da conduta autônoma neste processo administrativo, mas também forneceu, até o momento, outros detalhes relevantes sobre ela, tais como (i) aspectos técnicos a serem considerados no exame das informações sensíveis - natureza da informação, formas de troca e estrutura do mercado; (ii) a prescrição aplicável para tais práticas independentes, qual seja a prescrição administrativa quinquenal; (iii) o elemento diferenciador da troca autônoma de informações em relação a cartéis, clássicos ou difusos, a saber a ausência de “algum tipo de combinação de variáveis que possam impactar no preço final do produto”, ainda que os dados tratem sobre preços e estratégias; e (iv) a alíquota aplicável no cálculo da multa, que deverá ser menor do que as aplicadas para cartéis.

Sobre isso, resumem Rodrigues, Binotto e Oliveira:

[...] nessa decisão, reconheceu-se que mesmo se tratando de um caso envolvendo o intercâmbio de fatores de precificação e outros elementos relevantes para a estratégia de mercado das empresas, não se confunde com o ilícito de cartel, até mesmo na sua forma difusa ou pontual e, por isso, a multa aplicada em eventual condenação deve ser inferior àquela usualmente determinada nos casos de cartel difuso ou cartel clássico.¹⁶⁶

III.2.2.2. Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00

Instaurado em outubro de 2011, o Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00 ateu-se ao exame de um possível cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de unidades de discos ópticos (“ODDs”). Durante a instrução, a troca de informações concorrencialmente sensíveis, mesmo que analisada dentro de um cartel, também foi debatida

¹⁶⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.001359/2017-75. Nota Técnica nº 119/2017 (SEI 0396295). Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁶⁶ RODRIGUES; BINOTTO; OLIVEIRA, op. cit.

em seção específica, no intuito de clarificar os efeitos deletérios que determinadas informações podem ocasionar no mercado.

Reforçando o que já foi trazido em outros documentos da SG, a Nota Técnica nº 108/2016 (SEI 0285998) salientou que informações de preços atuais e futuros, ou estratégias de produção são dados que ajudam na coordenação e equilíbrios de preços. Nesse sentido, nas palavras do órgão investigador, “a transparência causada por esse compartilhamento de informações sensíveis permite a coordenação entre competidores, ainda que, por vezes isso não implique a existência de acordo explícito”¹⁶⁷.

Ao se analisar o caso concreto, por sua vez, asseverou-se que, além do certo grau de institucionalização do conluio, as informações trocadas teriam por único objetivo a formação de um cartel, a ver:

Além disso, como se depreende, por exemplo, dos documentos 224, 196, 49 e 181, essas trocas eram secretas. Quanto à natureza da informação trocada, deve-se atentar não apenas para o conteúdo da informação, mas também, por exemplo, para a antiguidade, nível de agregação, nível de detalhamento, a frequência com que essa mensagem é compartilhada e em que medida a informação compartilhada é pública ou acessível a outros agentes.

239. Sendo assim, discussões que envolvam dados recentes ou futuros, desagregados, detalhados e que ocorram com alta frequência, como é o caso das trocas objeto da presente investigação, tendem a apresentar maior risco à concorrência.

240. Trocas a respeito de preços, descontos, termos e condições estratégicas de venda e distribuição ou que discutam mecanismos que possam manipular preços, custos ou qualquer outra condição de mercado, especialmente quando futuros, são elementos essenciais de uma colusão.

241. A natureza das trocas aqui discutidas, por si mesmas, revelam o objetivo colusivo, vez que estão presentes condições de inferir que a troca não tem outro propósito que não o de coordenar atividades em detrimento da concorrência. A troca de informações originou e facilitou comportamentos colusivos ao (i) permitir um entendimento comum sobre os termos da coordenação e (ii) auxiliar os agentes coordenados a monitorar se os termos do acordo estavam sendo cumpridos, ainda que não houvesse mecanismos formais de monitoramento.¹⁶⁸

Em decisão do Tribunal, em fevereiro de 2019, o cartel foi devidamente comprovado pelo conjunto probatório disponível. O mais importante, para este trabalho, no entanto, é notar que o Relator expressamente arquivou o processo a um dos Representados por entender que este teria se envolvido apenas na prática de informações sensíveis (conduta autônoma) e, desse modo, estar-se-ia diante de uma prescrição quinquenal.

¹⁶⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00**. Nota Técnica nº 108/2016 (SEI 0285998). Acesso em: 14 out. 2023.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

Para justificar a imputação de conduta autônoma somente para este Representado e não para os demais, salientou-se que determinadas informações são equiparadas a cartéis, mesmo que ausente um acordo expresso, porquanto os efeitos de tais informações seriam idênticos a de uma prática colusiva. No caso, a investigada em questão não teria trocado tais dados, não devendo se enquadrar como cartel, portanto.

Tal entendimento em face da respectiva Representada foi seguida pela unanimidade do Tribunal. Transcreve-se:

Ainda que os *players* de um mercado não fixem um preço ou dividam um mercado expressamente, há certos tipos de informações que, uma vez compartilhadas, têm o mesmo efeito de um cartel, sendo essa, inclusive, a racionalidade por trás da troca. Por exemplo, numa cotação eletrônica de preços conhecer o valor piso de um concorrente bem como qual a sua posição almejada (para efeitos da quantidade a ser fornecida) impacta diretamente na decisão da outra empresa dos lances/propostas que irá apresentar, prejudicando, sem sombras de dúvidas, a concorrência. Não deixa, pois, de ser um ajuste, uma manipulação do mercado, entre concorrentes, na medida em que as informações deste tipo são compartilhadas justamente para que possam adequar seus lances/propostas aos interesses ilícitos comuns. **O que se pretende deixar claro aqui é que o prazo prescricional de cinco anos só está sendo aplicado à BenQ porque a informação compartilhada refere-se, exclusivamente, à pontuação de qualidade atribuída pela Dell a seus fornecedores, e não há outras evidências para contextualizar esses e-mails dentro de uma prática mais ampla, como de cartel.**

[...]

Assim, na minha avaliação, **a conduta passível de ser imputada à BenQ Corporation (atual Qisda Corporation) é de troca de informações concorrencialmente sensíveis com a PLDS em agosto de 2005, sem que seja possível uma contextualização dessa troca como uma forma direta de manipulação do mercado de ODDs, ou seja, um cartel.** Para tal conduta o prazo prescricional seria de cinco anos. Considerando que sua notificação ocorreu em 28 de junho de 2012, concluo pela ocorrência de prescrição em relação à BenQ Corporation (atual Qisda Corporation).¹⁶⁹ (sem grifo no original)

Trata-se, notadamente, de um posicionamento diferente daquele pronunciado no processo administrativo anterior. Isso porque, naquele caso, a mera ausência de combinação de variáveis que pudessem impactar o preço final dos produtos afastaria o contexto de cartel, independentemente do fato da informação trocada ser ou estar relacionada a questões de precificação ou de estratégias de mercado.

Neste, por outro lado, o Tribunal defendeu a ideia de que o compartilhamento de certos dados que tenham objetivo de um cartel, como uma cotação de preços, teria efeitos análogos a

¹⁶⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00**. Voto do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0550601). Acesso em: 14 out. 2023.

de um cartel e, dessa forma, se equipararia a um contexto cartelista, ainda que não possua acordo ou uma prática concertada mais clara.

Portanto, o que se nota no presente processo administrativo, além do reconhecimento expresso da prática independente pelo Tribunal, é o registro de um novo entendimento, no âmbito do CADE, sobre a relevância do conteúdo das informações sensíveis intercambiadas para efeitos de determinação e delimitação da conduta ilícita.

Convém rememorar que tal dificuldade quanto à conduta a ser imputada - troca autônoma ou cartel -, na presença de informações que são comumente utilizadas em cartéis, mas não estejam claramente inseridas em um acordo ou em uma prática concertada, foi pontuada no capítulo “Contextos: similitudes e diferenças” como algo que poderia gerar confusões em debates.

Isto posto, como se observa, tal confusão foi trazida para as discussões do CADE, tendo a entidade acatado os dois entendimentos distintos sobre o assunto em momentos diferentes.

III.2.2.2. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41

O Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41 teve por objeto a averiguação de cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares. O que é importante de se destacar para fins desta monografia é que, na Nota Técnica nº 90/2018 (SEI 0558060), publicada ao final da instrução, a SG corroborou e complementou a análise sobre a troca de informações concorrencialmente sensíveis no mencionado Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53 (mercado independente de peças automotivas de reposição (*aftermarket*)).

Na nota técnica em comento, a SG explicou as questões já citadas sobre a dualidade econômica da conduta, os seus contextos e formas de identificação do ilícito. Porém, além disso, também frisou que, em virtude dessa dualidade, é factível que a troca independente de informações seja analisada sob a regra da razão, diferentemente de uma troca de informações inserida em um contexto de cartel, onde se utilizaria a regra *per se*.

Em que pese o reconhecimento da possibilidade de efeitos pró-competitivos, uma análise da conduta pela regra da razão, a qual avaliaria se a produção de efeitos pró-competitivos pode vir a superar os eventuais efeitos anticompetitivos é cabível apenas quando a conduta de compartilhamento de informações comercial e concorrencialmente sensíveis enquanto conduta autônoma e independente. Todavia, quando verificado que a prática de compartilhamento de

informações comercial e comercialmente sensíveis é mera conduta auxiliar a uma atividade colusiva o mesmo não é válido.¹⁷⁰ (sem grifo no original)

De todo modo, apesar de tal estudo empreendido na referida nota técnica, a SG concluiu pela existência de um cartel no caso então investigado, tendo em vista que ocorreram acordos com o objetivo de fixar preços, dividir mercados, e ajustar condições, vantagens ou abstenções em licitações públicas, contando, até mesmo, com a ajuda de consultorias especializadas.

No julgamento do feito, em julho de 2019, por sua vez, a existência do cartel foi, de fato, ratificada pelo Tribunal Administrativo do CADE. Nota-se que não houve maiores debates, no mérito, sobre aspectos da troca de informações - autônoma ou não. Entretanto, chama atenção, para efeitos deste trabalho, uma ressalva feita novamente pelo Conselheiro Relator João Paulo, em seu voto vencedor neste tocante, ao refutar argumento preliminar das Representadas de que o mero contato ou troca de informações não configuraria cartel. *In verbis*:

A troca de informações sensíveis entre concorrentes embora geralmente encontrada como parte da operacionalização de um acordo colusivo, é conduta autônoma, isto é, que pode existir na ausência de um acordo colusivo. Contudo, conforme a análise probatória realizada no mérito e nas individualizações, as trocas de informações entre concorrentes identificadas entre os Representados na conduta sob investigação inseriam-se no contexto de acordos colusivos entre eles, não prosperando o argumento suscitado.¹⁷¹ (sem grifo no original)

Ou seja, em que pese tenha entendido pela sua não aplicação em virtude das evidências indicarem um acordo colusivo naquela oportunidade, o Tribunal, mais uma vez, reconheceu a existência da conduta autônoma de troca de informações sensíveis.

Desse modo, destaca-se do presente processo administrativo o reconhecimento da referida prática pelo CADE, bem como a admissão, pela SG, do uso da regra da razão para a investigação da troca autônoma de informações.

III.2.2.4. Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10

O Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10, instaurado em novembro de 2010, tratou de investigar um possível cartel internacional nos mercados de cabos subterrâneos de alta tensão e de cabos submarinos de alta tensão de tensões mais baixas, com potenciais efeitos no Brasil. Conforme informado, o cartel teria ocorrido mediante a troca de informações sensíveis em e-mails e reuniões, de maneira a fixar preços, dividir mercados e alocar clientes.

¹⁷⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Nota Técnica nº 90/2018 (SEI 0558060). Acesso em: 14 out. 2023.

¹⁷¹ CONSELHOR ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Voto do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0635922). Acesso em 14 out. 2023.

Tal cartel foi reconhecido, posteriormente, em decisão do Tribunal em abril de 2020. De todo modo, o que, de fato, chama atenção neste processo é que, em julho de 2019, o Conselheiro Relator Paulo Burnier sustentou que as Representadas “LS Cable LTD” e “Taihan Electric Wire Co.” teriam contribuído apenas com a prática de troca de informações sensíveis e não com a prática de cartel em si. Segundo o Conselheiro, embora existissem evidências da presença destas em reuniões com conteúdo anticompetitivo de divisão de mercados e em outros documentos do cartel, não restou claro se as empresas participaram efetivamente dele, sobretudo em face do Brasil.

Por exemplo, em relação à empresa “LS Cable LTD”, apesar de ter participado de reuniões com escopo de divisão de mercado, foram apontados documentos que indicavam descumprimento do acordo e discordâncias no território brasileiro, contrariando a alocação previamente estabelecida. Quanto à empresa “Taihan Electric Wire Co.”, as únicas provas existentes indicariam somente a presença em reuniões em que houve a troca de informações sensíveis e discussões sobre aspectos gerais, andamentos e planejamentos futuros do mercado de cabos submarinos e de cabos subterrâneos.

Assim, na visão do Relator, tais elementos não atestariam a participação no acordo colusivo, mas, no máximo, indicariam a participação de uma troca de informações sensíveis – a troca independente de informações. A partir desse entendimento, o Relator defendeu o arquivamento da conduta para tais Representadas em virtude da conduta estar prescrita, uma vez que, para este ilícito, se aplicaria a prescrição quinquenal – e não a prescrição penal atribuída ao cartel.

Nos termos do Conselheiro:

Apesar da empresa [LG Cable LTD] ter sido mencionada em relatórios de AR Meetings e ter participado da ARK Meeting, entre europeus, coreanos e japoneses, em 17.10.2003, em que houve compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis, não há provas que tenha participado de acordo entre concorrentes. Considerando que o Processo Administrativo foi instaurado em 2010, qualquer outra eventual infração à ordem econômica estaria prescrita pelo prazo de 5 (cinco) anos, em oposição ao prazo de 12 (doze) anos para ilícitos de cartel (acordo entre concorrentes) com fundamento na Lei nº 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

[...]

A Taihan Electric Wire Co. Ltd. é uma empresa sul coreana com sede em Seul, Coreia do Sul, Japão. Apesar da empresa ter sido mencionada em relatório de uma AR Meeting e ter participado da ARK Meeting, entre europeus, coreanos e japoneses, em 17.10.2003, em que houve compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis, não há provas que tenha participado de acordo entre concorrentes. Considerando que o Processo Administrativo foi instaurado em 2010, qualquer outra

eventual infração à ordem econômica estaria prescrita pelo prazo de 5 (cinco) anos, em oposição ao prazo de 12 (doze) anos para ilícitos de cartel (acordo entre concorrentes) com fundamento na Lei nº 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.¹⁷²

Tal entendimento da imputação da conduta independente de troca de informações sensíveis em relação às Representadas foi seguido pela unanimidade do Tribunal do CADE, como resta evidente em voto-vogal de autoria do Conselheiro Luiz Hoffmann:

Também acompanho o voto relator na conclusão que as provas atribuídas às Representadas LS Cable e Taihan indicam **a participação em trocas de informações sensíveis apenas, e não na prática de cartel**, de modo que a pretensão punitiva da Administração Pública em relação a tais Representadas prescreveu, em razão da aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 46, *caput*, da Lei nº 12.529/2011.¹⁷³ (sem grifo no original)

Portanto, mais uma vez, houve, por parte do Tribunal, o reconhecimento da conduta autônoma de troca de informações sensíveis e a respectiva aplicação da prescrição administrativa quinquenal. Ademais, também importa comentar que, em que pese as Representadas tenham participado de reuniões com troca de informações de conteúdo potencialmente cartelista (divisão de mercado e fixação de preços), tal fato não foi suficiente para indicar, na opinião do Conselho, a participação de tais empresas em um acordo ou prática concertada, diferindo do entendimento anteriormente exaurado de que determinadas informações se equiparariam ao cartel já que não se vislumbrariam outros objetivos que não a formação da referida colusão.

III.2.2.5. Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73

O Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73 foi instaurado em abril de 2018 para investigar um suposto cartel difuso e trocas de informações concorrencialmente sensíveis no mercado de PVC (forros e perfis). Naquela oportunidade, a SG, em sua Nota Técnica Final nº 97/2019 (SEI 0672662), opinou que as informações concorrencialmente sensíveis trocadas teriam o objetivo de reajustar preços dos produtos, o que caracterizaria a existência do cartel naquele mercado relevante. O entendimento firmado pelo órgão naquele caso foi de que dados

¹⁷² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10**. Voto Conselheiro Paulo Burnier (SEI 0744428). Acesso em: 14 out. 2023.

¹⁷³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10**. Voto Conselheiro Luiz Hoffmann (SEI 0744428). Acesso em: 14 out. 2023.

que tenham o objeto de ilicitude deverão receber o mesmo tratamento de um cartel tradicional, inclusive em relação à regra *per se*.

Nesse sentido, veja-se, inclusive, que os próprios dispositivos legais, tanto da lei penal como da lei concorrencial, se ocupam, ao definir o cerne da ilicitude tipificada, com o objeto do acordo, manipulação, ajuste e/ou combinação entre concorrentes, determinando expressamente, como ilícitos os acordos entre concorrentes cujo objeto seja, por exemplo, fixação de preços, divisão de mercados e clientes, volumes de oferta, qualidade de serviços, dominação de mercado e participação em processos licitatórios e concorrências públicas e privadas (v. artigo 36, §3º, inciso I, alíneas “a” a “d”, da Lei nº 12.529/11 e artigo 4º, incisos I e II, alíneas “a” a “c”, da Lei nº 8.137/90).

No mesmo sentido, também outras condutas concertadas entre concorrentes (e.g. trocas de informações sensíveis, influência de conduta uniforme) que tenham por objeto aquilo que é presumido como ilícito pela legislação e que, portanto, traduzem-se apenas em outra maneira de se chegar ao mesmo resultado que se teria mediante um cartel do tipo tradicional, são consideradas condutas puníveis pela sua mera ocorrência, devendo ser analisadas segundo a chamada regra *per se*.

Não se quer dizer com isso que não seja possível existirem outras condutas concertadas, como, por exemplo, determinadas trocas de informações entre concorrentes ou tipos de influência de conduta uniforme, ou mesmo formas diversas de coordenação entre concorrentes para as quais a presunção de ilegalidade acima mencionada seja mitigada ou afastada, mas apenas que, **a depender do objeto destas condutas, as mesmas devem receber o mesmo julgamento destinado aos cartéis tradicionais, segundo a regra *per se*.**¹⁷⁴

Quando do julgamento do feito em setembro de 2019, o Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani reconheceu a existência do cartel, porém adotou posicionamento diverso da SG em relação ao conteúdo da informação e a imputação da conduta, autônoma ou cartelista. Na visão do Conselheiro, a diferença entre um cartel, difuso ou clássico, e uma troca independente de informações sensíveis reside na existência ou não de elementos suficientes que permitam atestar alguma forma de acordo existente. Nas palavras do Conselheiro,

[...] a diferença entre uma troca de informações sensíveis com potenciais efeitos lesivos à concorrência e um cartel difuso reside na existência de “indícios suficientes para comprovar a materialidade de um acordo entre concorrentes tendo como objeto a fixação de preços, restrição de oferta ou divisão de mercado”.

Dessa forma, pelos documentos reunidos nos autos deve ser possível verificar que “o acesso a essas informações tenham sido empregadas como instrumento para fixar preços de propostas, aumenta-los artificialmente, fixar taxa de remuneração ou alocar projetos entre os concorrentes, por exemplo.”.

¹⁷⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73**. Nota Técnica nº 97/2019 (SEI 0672662). Acesso em: 15 out. 2023.

Por conseguinte, nota-se um limite entre uma troca de informações concorrencialmente sensíveis e a tipificação de um cartel difuso. **Para distinguir entre as condutas, é necessário verificar se, para além da sensibilidade das informações trocadas, as provas reunidas aos autos – ou seja, se os elementos do caso concreto – permitem verificar a articulação ou a estruturação de um acordo entre agentes econômicos.**

[...]

Destaco que as informações trocadas entre as empresas não eram de conhecimento público. Na verdade, as informações repassadas indiscutivelmente relacionavam-se aos índices de reajustes de preços praticados em um determinado período, sendo, portanto, de natureza privilegiada e de acesso exclusivo a cada empresa interessada. Nesse sentido, reitero que os aumentos anunciados eram atuais e futuros, o que comprova a sensibilidade concorrencial das informações.

99. Ademais, **observo não se tratar de simples troca de informações concorrencialmente sensíveis, mas sim de um cartel, pois nas conversas entre os Representados fica evidente a formação de um acordo para implementação de um aumento coordenado de preços, discutindo-se e combinando-se os valores e datas de implementação de tais aumentos, com a concordância e elogio dos Representados envolvidos na iniciativa.**¹⁷⁵ (sem grifo no original)

O voto, importa dizer, foi seguido pela maioria do Tribunal.

Nesse sentido, verifica-se, neste processo administrativo, o entendimento do Conselho de que há a necessidade de indicação mínima da existência de um acordo para que o cartel seja reconhecido. Caso contrário, haver-se-ia uma troca autônoma de informações sensíveis.

III.2.2.6. Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74

O Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74, por sua vez, foi inicialmente instaurado, em maio de 2017, com vistas de averiguar um suposto cartel no mercado de sistemas de exaustão e seus componentes automobilísticos, com acordos de fixação de preços e condições comerciais, divisão de mercado e troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis.

Ao analisar a única Representada que não firmou um TCC junto ao CADE (“Meritor”), a SG, na Nota Técnica nº 76/2019 (SEI 0659078), recomendou ao Tribunal (i) a rejeição das preliminares, incluindo uma que requeria, sob o argumento de se tratar troca autônoma de informações sensíveis, a aplicação da prescrição quinquenal, e (ii) a condenação da Representada por conduta de formação de cartel, ainda que os próprios signatários dos TCCs só tenham reconhecido a troca de informações concorrencialmente sensíveis para tal empresa.

¹⁷⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73**. Voto Conselheiro Sérgio Ravagnani (SEI 0810442). Acesso em: 15 out. 2023.

Tal como no caso anterior, o órgão investigador suscitou que o objeto das informações trocadas teria a capacidade de indicar a prática de cartel ou de conduta autônoma. Dessa forma, caso os dados partilhados versassem sobre fixação de preços ou divisão de mercados, estar-se-ia em uma situação de cartel. A partir desse raciocínio, a SG entendeu que a Meritor, ao intercambiar informações sensíveis relacionadas a esses assuntos, participou de uma conduta cartelista. Nos termos do ente,

Note-se, a propósito, que tanto a legislação antitruste quanto a criminal definem o ilícito denominado pela doutrina e jurisprudência por cartel como acordo ou ajuste realizado por concorrentes, manifestado sob qualquer forma.

Entende-se, a propósito, que uma forma de obtenção de acordos entre concorrentes é por meio de trocas de informações entre eles, de modo que consigam coordenar os respectivos comportamentos comerciais sem que tenham concluído uma explícita fixação de preços ou divisão de mercado entre as partes.

[...]

No mesmo sentido, também outras condutas concertadas entre concorrentes (e.g. trocas de informações sensíveis, influência de conduta uniforme) que tenham por objeto aquilo que é presumido como ilícito pela legislação e que, portanto, traduzem-se apenas em outra maneira de se chegar ao mesmo resultado que se teria mediante um cartel do tipo tradicional, são consideradas condutas puníveis pela sua mera ocorrência, devendo ser analisadas segundo a chamada regra per se.

Não se quer dizer com isso que não seja possível existirem outras condutas concertadas, como, por exemplo, determinadas trocas de informações entre concorrentes ou tipos de influência de conduta uniforme, ou mesmo formas diversas de coordenação entre concorrentes para as quais a presunção de ilegalidade acima mencionada seja mitigada ou afastada, mas apenas que, a depender do objeto destas condutas, as mesmas devem receber o mesmo julgamento destinado aos cartéis tradicionais, segundo a regra per se.

[...]

Por fim, cabe ressaltar que embora os compromissários dos Termos de Compromisso de Cessação somente tenham reconhecido sua participação em trocas de informações sensíveis, não significa que a conduta por eles praticada não possa ser caracterizada como cartel. No entendimento desta SG, todas as condutas de que foram acusados, isto é, fixação de preços, divisão de mercado, e troca de informações, são formas de cartelização.¹⁷⁶ (sem grifo no original)

O mesmo entendimento, todavia, não foi compartilhado pelo Tribunal do CADE quando do julgamento do processo em agosto de 2020. Em voto condutor e vencedor, o Conselheiro Sérgio Ravagnani assinalou que as provas, ainda que tratassem de informações sobre metas de preços e descontos de produtividade em propostas de cotação, não permitiam assumir que havia

¹⁷⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74**. Nota Técnica nº 76/2019 (SEI 0659078). Acesso em: 12 out. 2023.

um acordo ou objetivo de fixação de preços e divisão de mercado, condição necessária para a identificação de um cartel. *In verbis*:

De outro lado, entendo que não há indícios suficientes para comprovar a materialidade de um acordo entre concorrentes tendo como objeto a fixação de preços, restrição de oferta ou divisão de mercado. **Embora reconheça o potencial lesivo à concorrência decorrente da troca de informações concorrentialmente sensíveis evidenciadas nesses documentos, não há elementos suficientes nos autos ou condições do próprio contexto fático que permitam comprovar que essa troca integraria um acordo de concorrentes mais amplo. Destaco que, pelos documentos, é possível compreender que as informações prestadas por Manoel Ribeiro da Silva (Meritor) a seus concorrentes diziam respeito a informações relativas a preços, mas que a Meritor já havia apresentado sua proposta de cotação. Assim, ainda que não haja dúvidas de que as informações eram concorrentialmente 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.¹⁷⁷ (sem grifo no original)

Dessa maneira, entendendo pela troca autônoma de informações sensíveis, o Relator, seguido pelo Conselho, votou pelo arquivamento do feito, uma vez que este já estava prescrito diante da prescrição administrativa quinquenal aplicável para a referida prática.

Dito isto, nota-se que, para este processo administrativo, o Tribunal do CADE acatou a ideia de que dados potencialmente cartelistas, inclusive de preços, não necessariamente indicam a existência de um acordo ou arranjo entre os concorrentes, de sorte que a imputação de uma formação de cartel exige a presença de elementos que apontem tal acordo.

III.2.2.7. Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71

O Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71, instaurado em janeiro de 2019 e ainda em trâmite, objetiva investigar o compartilhamento de informações comercial e concorrentialmente sensíveis no mercado internacional de corretagem de seguros e resseguros para aviação e aeroespacial e para serviços auxiliares relacionados, praticadas no exterior e com potenciais efeitos no Brasil.

¹⁷⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74.** Voto Conselheiro Sérgio Ravagnani (SEI 0797451).

Na Nota Técnica nº 13/2019 (SEI 0567536), de instauração, a SG explicou que a conduta teria ocorrido de 1997 até abril de 2017, por meio da qual as Representadas teriam compartilhado, por fax, e-mail, telefone, reuniões bi e multilaterais, documentações de apólice de seguros e informações confidenciais específicas acerca de apólices de seguro/colocação de riscos para aviação e aeroespacial.

Nesse tocante, o órgão retomou as observações já mencionadas em outras notas técnicas sobre cartéis e aspectos gerais de trocas de informações sensíveis. Nesse último, ratificou o entendimento da OCDE sobre a dualidade econômica da troca de informações (efeitos positivos e negativos), os contextos que se inserem, aspectos a serem considerados na verificação dos efeitos negativos (natureza da informação, estrutura do mercado afetado e a forma da troca), a idade da informação, *etc.* Logo, mais uma vez, o ente reconheceu expressamente a possibilidade de uma troca de informações sensíveis independente de um cartel.

Ao examinar o caso concreto, a SG arguiu que existiriam evidências suficientes para indicar o compartilhamento de informações sensíveis entre os Representados, dados os quais teriam auxiliado estes nas decisões referentes à precificação, *marketing* e clientes. No entanto, ao final, em virtude das trocas serem supostamente regulares, sistemáticas e duradouras, a SG passou a inserir a prática das Representadas dentro de um contexto cartelista. Transcreve-se:

No caso ora investigado, houve diversas trocas de informações sensíveis entre corretoras concorrentes e/ou entre corretoras via subscritoras do mercado internacional de corretagem de seguros e resseguros para aviação e aeroespacial e para serviços auxiliares relacionados, com efeitos potenciais no Brasil. **O compartilhamento de informações comercial e concorrencialmente sensíveis incluiu documentação de apólice de seguro (em particular de slips) e informações confidenciais específicas acerca de apólices de seguro/colocação de riscos para aviação e aeroespacial, e ocorreu de forma regular, sistemática e duradoura. As informações trocadas eram altamente individualizadas, granulares, internas e estratégicas (como aquelas relativas a prêmios e a taxas de corretagem sobre apólices de seguro específicas colocadas por diversas corretoras). Além disso, no momento das trocas, as informações eram geralmente atuais, i.e., estavam relacionadas às apólices de seguro em vigor ou propostas.**

Há fortes indícios de que as empresas participantes analisavam as informações recebidas relativas à remuneração da corretora incumbente e usavam tal informação para subsidiar suas decisões estratégicas com relação às oportunidades de clientes, bem como para preparar suas estratégias de precificação e/ou marketing. Essa troca de informações comercialmente sensíveis permitia às empresas participantes se posicionarem de forma mais bem informada e atualizada com as tendências do mercado ao interagir com clientes, o que poderia ajudar a responder RFPs e a reter clientes.

[...]

No presente caso, verifica-se que esses anúncios não eram públicos, mas ocorriam diretamente entre os competidores do mercado, e exerceram influência direta nas estratégias adotadas pelas empresas participantes do cartel.

As trocas abarcavam informações recentes e atuais, com alto nível de detalhamento, desagregadas ou granulares, que não eram compartilhadas em outros foros, a respeito de fatores de precificação e outros fatores para seguros e resseguros para aviação e aeroespacial. Há fortes indícios de que esse compartilhamento permitiu que as empresas que recebiam as informações sensíveis tivessem maior visibilidade sobre condições de mercado e comerciais que concorrentes que não estavam envolvidos nas trocas de informações, atribuindo às companhias envolvidas na conduta investigada certa vantagem competitiva e potencialmente distorcendo a concorrência nos mercados afetados.¹⁷⁸

Dessa maneira, observa-se que, em que pese tenha apontado brevemente que as trocas eram regulares, não houve discussões mais incisivas, por parte da SG, sobre a existência ou não de um acordo ou arranjo anticompetitivo entre as Representadas no caso em questão – ao menos, não nas informações de acesso público.

Nesse sentido, considerando que este processo ainda se encontra em fase de produção de provas, é possível que a troca de informações sensíveis enquanto conduta autônoma possa ser novamente discutida – seja de maneira geral ou individualizada aos Representados. De todo modo, por enquanto, não há maiores detalhes que possam contribuir com este trabalho, de forma que se aguarda os desdobramentos do caso.

III.2.2.8. Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88

O Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88, outro processo em trâmite, foi instaurado, em julho de 2019, com a intenção de se verificar supostas práticas anticompetitivas no mercado de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas ("estádios de futebol") destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014.

Em verdade, esclarece-se que não há muitas informações públicas sobre o referido processo para que se possa aprofundar com detalhes no caso, mas, de toda forma, uma manifestação da SG chama atenção para este trabalho. Na ocasião da Nota Técnica nº 57/2020 (SEI 0795965), que analisou questões preliminares e pedidos de produção de provas por parte das Representadas, o órgão investigador refutou uma preliminar que alegava que o compartilhamento de informações sensíveis não se caracterizaria como crime. De acordo com a SG, tal preliminar não se sustentaria porquanto a troca de informações sensíveis pode ser considerada como um cartel difuso, ainda que sem a existência de acordos. A ver:

¹⁷⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71**. Nota Técnica nº 13/2019 (SEI 0567536). Acesso em: 12 out. 2023.

Importa ressaltar que a prática de troca de informações concorrencialmente sensíveis pode ser tanto infração autônoma, existindo de forma independente, quanto pode estar associada a uma colusão horizontal, existindo no âmbito de um cartel. O caso ora em análise enquadra-se nesta última situação, de forma que a prática está igualmente sujeita à responsabilização criminal. Nestes casos em que a referida prática se insere no âmbito de uma colusão horizontal, não há qualquer razão lógica ou jurídica para que seja tratada de forma distinta da infração de cartel. **Não por outra razão é que alguns autores qualificam as trocas de informações como cartéis difusos. Veja-se, nesse sentido, o apontado por Ana Paula Martinez: "Cartéis difusos serão basicamente aqueles que não envolvem acordos entre seus partícipes, mas a mera troca de informações comercialmente sensíveis"[17].**

Veja-se que a troca de informações sensíveis, no presente caso, não se trata de uma conduta isolada ou referente a variáveis irrelevantes para a atuação estratégica das empresas, ao contrário, inserem-se no contexto do suposto cartel ora investigado, possibilitando tanto o conluio, quanto sua implementação, o que enseja, como visto acima, também em responsabilização criminal. Não se aplica, por conseguinte, a prescrição quinquenal, mas sim a duodecimal. Nesse sentido, os dispositivos legais são bastante claros: o §4º do artigo 46 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que quando “o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”; e, na mesma linha, o §2º do artigo 1º da Lei nº 9.873/1999 estabelece que quando “o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.¹⁷⁹ (sem grifo no original)

Embora seja verdade que a partilha de dados sensíveis possa indicar um cartel difuso, sem acordo um explícito, os argumentos utilizados pela SG podem ser entendidos como contrários ao posicionamento defendido pelo Tribunal em alguns casos. Dessa forma, lembra-se que o Conselho ponderou, no Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73 (mercado de PVC (forros e perfis)), que a diferença entre um cartel difuso e a troca independente consiste na existência de “indícios suficientes para comprovar a materialidade de um acordo entre concorrentes tendo como objeto a fixação de preços, restrição de oferta ou divisão de mercado”.¹⁸⁰

Desse modo, ao sustentar que cartéis difusos não envolvem acordos, mas somente a mera troca de informações sensíveis (que se alinham com potenciais estratégias cartelistas), a SG elimina essa necessidade de comprovação de acordo ou prática concertada menos institucionalizada, dando prioridade ao objeto da informação e alinhando-se, assim, ao outro entendimento quanto à relevância de seu conteúdo para fins de imputação das condutas em apreço.

¹⁷⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88.** Nota Técnica nº 57/2020 (SEI 0795965). Acesso em: 13 out. 2023.

¹⁸⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73.** Voto Relator Conselheiro Sérgio Ravagnani (SEI 0810442).

III.2.2.9. Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61

Outro processo que segue em trâmite é o Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, no qual se investiga uma série de violações à ordem econômica, com coordenação de mercado e troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (healthcare). Tal caso, vale comentar, ganhou repercussão na comunidade antitruste brasileira por ser o primeiro processo administrativo de mercado de trabalho no CADE.

Tendo sido instaurado em março de 2021, o processo analisa, mais especificamente, dentre outras condutas, a troca de informações relativas a remunerações, reajustes salariais e benefícios concedidos aos funcionários presentes e futuros do mercado avaliado. Além disso, também se avalia uma situação de fixação de preços e condições comerciais.

De acordo com a Nota Técnica de Instauração nº 36/2021 (SEI 0877689), a prática teria ocorrido a partir da utilização de um grupo de cooperação denominado de “MedTech”, o qual teria sido utilizado para gerar dados do mercado. Em síntese, conforme referido pela SG, tal grupo solicitava às empresas concorrentes, via e-mail, informações sobre a política de remunerações destas. Posteriormente, os dados recebidos eram compartilhados diretamente entre os membros do grupo – e limitados a eles.

As informações compartilhadas eram (i) diretamente compartilhadas entre os membros do grupo MedTech; (ii) atuais e/ou sobre planos futuros das empresas Participantes da Conduta Relatada; (iii) desagregadas e individualizadas; e (iv) ficavam adstritas ao acesso dos membros do grupo MedTech (não eram publicizadas ou públicas). Em alguns episódios explorados ao longo desta nota técnica é possível perceber que a troca de informações tinha objetivo e aplicação comercial e serviu de subsídio relevante para decisões estratégicas das empresas participantes – inclusive facilitando a adoção de comportamentos similares ou uniformes entre elas.¹⁸¹

Diante dessa conduta, a SG empreendeu, em sua nota técnica, detalhado estudo sobre a troca de informações sensíveis, tendo, inclusive, duas seções dedicadas à conduta autônoma: uma ao tratar de condutas anticompetitivas nos mercados de trabalho e outra mais geral para especificar aspectos da infração autônoma e a respectiva regra de análise aplicável. Tal estudo empreendido, vale dizer, oferece várias referências e direcionamentos para a conduta autônoma no Brasil, de modo que merece ser realçado neste trabalho.

Em relação à primeira seção, esclareceu que a prática isolada e independente acontece “quando os dados repassados não estão inseridos em um contexto mais amplo de fixação de

¹⁸¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61**. Nota Técnica nº 36/2021 (SEI 0877689). Acesso em: 15 out. 2023. p. 5.

preços ou de divisão de mercado”¹⁸². Nesse contexto, o intercâmbio de dados sobre termos e condições de trabalho poderia representar uma coordenação tácita para algumas jurisdições.

No caso dos Estados Unidos, como exemplifica o documento, a partilha de informações sobre termos e condições de empregos são analisadas pela regra da razão se não relacionada a uma colusão anticompetitiva, mas, caso haja acordos de fixação salarial e de não contratação, utiliza-se da regra *per se*. Ademais, no ordenamento estadunidense, “mesmo que não se concorde explicitamente em fixar algum elemento da remuneração trabalhista, a troca de informações concorrencialmente sensíveis pode servir como prova de um acordo anticoncorrencial implícito”¹⁸³, sendo a troca sobre remuneração e termos entre concorrentes um sinal de alerta para o *FTC*.

No caso das jurisdições que adotem a prática concertada nos seus conceitos, como a União Europeia, apontou que dados que versem sobre intenções futuras relacionadas a salários e condições de trabalho são considerados, em regra, ilícitos por objeto.

Por fim, quanto à realidade brasileira, embora não exista precedente específico sobre troca isolada de dados sensíveis, concluiu que a Lei 12.529/11 pode enquadrar informações sobre termos de trabalho no art. 36, § 3º, inciso II (“promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”). Nessa esteira, pontuou que, a verificar a natureza, o conteúdo e o uso, a troca de certas informações pode ser entendido como um ilícito por objeto, o que alinharia com o posicionamento comum da jurisprudência em casos relacionados à adoção de conduta uniforme.

De todo modo, também ressaltou que certos dados sobre o mercado de trabalho podem não ser ilícitos por objeto ao não influenciar a uniformização e, conseqüentemente, não deter uma potencialidade de efeitos anticompetitivos – ao contrário, podendo deter efeitos neutros ou pró-competitivos. De toda forma, asseverou que outros danos concorrenciais poderiam ser resultados por parte de tais dados, o que exige um exame individual. Nas palavras da SG,

Ainda que não se verifique um precedente específico sobre prática concertada ou troca de informações concorrencialmente sensíveis no cenário brasileiro, a conduta de indução à conduta uniforme tem sido usualmente caracterizada como um ilícito por objeto pelo CADE.

Nessa perspectiva, “[a] troca de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho pode representar uma conduta anticompetitiva no contexto em que é usada por empregadores para diminuir e uniformizar salários de determinada categoria de empregados”. Desse modo, **se o compartilhamento de informações concorrenciais for uma medida “com o objetivo de uniformizar a atuação de concorrentes em**

¹⁸² Ibid., p. 22.

¹⁸³ Ibid., p. 22-23.

um dado mercado”, ele também se enquadraria na infração de influência à adoção de conduta uniforme.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a troca de informações concorrencialmente sensíveis sobre termos de trabalho, como uma conduta autônoma, podem se enquadrar no inciso II do § 3º, art. 36 da Lei n. 12.529/2011, na medida em que promovam ou influenciem a adoção de uma conduta uniforme ou concertada entre concorrentes. Ademais, em alguns casos, a depender da natureza e do conteúdo da informação e do uso (por exemplo, o valor do salário de um determinado cargo em uma determinada empresa usado para embasar decisões individuais que levem a paralelismo no mesmado) pode não ser sequer necessária a comprovação de efeitos da prática, visto que a potencialidade de efeitos anticompetitivos pelo compartilhamento desses dados já é suficiente para violar a lei antitruste. Tal constatação, reforça a conclusão de que a conduta, nos termos da jurisprudência do CADE em relação à influência à adoção de conduta uniforme, também pode estar sujeita à ilicitude pelo objeto. Isto porque, nesses cenários, mesmo ausente o acordo expresso, o efeito anticompetitivo de uniformização do mercado é equivalente ao da coordenação colusiva.

Não obstante, conforme a contribuição do Brasil para a discussão da OCDE sobre preocupações concorrenciais no mercado de trabalho, as trocas de informações são consideradas lícitas se cumprirem determinadas condições, ou seja, quando:

- (i) forem realizadas por um terceiro neutro;
- (ii) envolvem dados antigos;
- (iii) existe uma agregação das informações para proteger a identidade das fontes;
- (iv) existem fontes agregadas suficientes para evitar que os concorrentes sejam capazes de identificar a fonte particular de cada informação;
- (v) ou forem relacionadas a uma due diligence prévia a um ato de concentração (uma fusão), com precauções prévias para gun jumping.

Nesses termos, é possível que a troca de informações sensíveis sobre o mercado de trabalho seja lícita, podendo ser até pró-competitiva ou, ao menos, concorrencialmente neutra. Por outro lado, **mesmo em situações nas quais a prática não promova ou influencie a uniformização de conduta no mercado de trabalho, ainda sim é possível que cause outros tipos de efeitos anticompetitivos, o que demanda uma análise caso a caso.**¹⁸⁴ (sem grifo no original)

No tocante à seção sobre aspectos gerais da infração autônoma, por sua vez, a SG reforçou que tal prática isolada corresponde à prática “sem prova de instrumentalidade [...] para arranjo anticompetitivo maior ou para lícita cooperação empresarial entre competidores”, isto é, é o ilícito em que “não se verifica o acordo para fixar variáveis competitivas – como preço, clientes, entre outros”¹⁸⁵.

Não obstante, evidenciou que o direito antitruste europeu tem entendido que, mesmo diante da ausência de um acordo em relação às variáveis comerciais, uma troca de certas informações poderá se enquadrar como prática concertada ao estabelecer conscientemente uma

¹⁸⁴ Ibid., p. 24-25.

¹⁸⁵ Ibid., p. 34.

coordenação prática entre os participantes, em especial se for regular e duradoura, o que, por sua vez, possui a mesma natureza de acordos anticompetitivos.

Ao trazer para o ordenamento brasileiro, após uma exposição de efeitos benéficos e maléficos da conduta, a SG considerou que, ainda que não haja acordo para fixação de variáveis ou divisão de mercado, é possível que uma troca de informações sensíveis seja entendida como uma colusão tácita e, por seu turno, um cartel, visto que o conceito de ambos, no direito antitruste brasileiro, inclui a prática concertada.

Em tais cenários, mesmo que ausente o acordo para fixar variáveis competitivas ou dividir mercado, verifica-se a ocorrência de uma colusão tácita entre os participantes da troca de informações sensíveis. Importa ressaltar que o termo “colusão” e até mesmo “cartel” são amplos em seu significados e abrangem, não só acordos anticompetitivos expressos e implícitos, como também outras práticas colusivas. Como explica a própria Cartilha do CADE, o termo “cartel” engloba tanto acordos como práticas concertadas:

[...]

Ainda que a jurisprudência e a doutrina tipicamente utilizem o termo “cartel” apenas em relação a acordos para fixar preços ou dividir mercados, cumpre ressaltar que a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes pode gerar o mesmo efeito anticoncorrencial que as práticas geralmente classificadas como cartéis:

[...]

Dessa forma, **verifica-se que a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores pode configurar uma colusão, em sentido amplo, na medida em que promove uma prática concertada ou de uniformização de condutas, aproximando-se, por conseguinte, de acordos de fixação de preço ou divisão de mercado e outros casos de cartelização.** Nesses cenários, a infração autônoma de compartilhamento de informações sensíveis pode se enquadrar na conduta geral prevista no art. 36, Lei n. 12.529/2011, inciso I – “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” – ou até, na previsão mais específica do § 3º do mesmo artigo, inciso II – “promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”¹⁸⁶. (sem grifo no original)

Logo, conforme se depreende do trecho, entende-se que, em caso de informações potencialmente colusivas, a troca autônoma equiparar-se-ia a um cartel. Por outro lado, informações não colusivas afastariam tal entendimento, mas ainda poderiam ser penalizadas pelo CADE por fechamento de mercado. Nesse sentido:

Por outro lado, é possível que a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores seja uma conduta unilateral de um agente que disponibiliza informações a terceiros, o que modifica a análise e afasta a prática da natureza colusiva. Ou, ainda, o compartilhamento de dados pode se dar entre agentes que não

¹⁸⁶ Ibid., p. 38-39.

são concorrentes, como dentro de uma relação comercial vertical, porém, mesmo assim causar efeitos anticompetitivos, por exemplo, um fechamento de mercado a jusante ou a montante, enquadrando-se, assim, na conduta do art. 36, § 3º, inciso III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado.¹⁸⁷ (sem grifo no original)

Por último, ao abordar a metodologia de análise, a nota técnica em comento assinalou novamente que o direito europeu tem compreendido o compartilhamento de informações individuais relacionadas a projeções futuras de preços e quantidades como ilícitos por objeto. Tal perspectiva, de acordo com a SG, é aplicável para o direito concorrencial brasileiro, a partir do entendimento de que a informação nessas condições corresponderia a uma colusão tática.

No mais, em caso de outros dados compartilhados que não os citados, sustentou que os efeitos devem ser avaliados, a considerar o tipo de informação, estrutura de mercado e outros.

De forma semelhante, também sob a perspectiva da lei concorrencial brasileira, a troca de informação concorrencialmente sensível entre concorrentes, se tiver como objeto a concertação ou uniformização de condutas, deve ser tratada como uma prática colusiva, independentemente da verificação de seus efeitos:

[...]

Desse modo, tal como visto acima, a presunção de ilicitude se justifica pela natureza concertada da prática que, em si, apresenta alta probabilidade de efeitos anticompetitivos e baixa probabilidade de benefícios pró-competitivos. Assim, a conduta é uma infração por objeto se a informação é (i) trocada entre concorrentes, (ii) desagregada e (iii) relacionada a intenções futuras da atuação da empresa ou, até mesmo atuais, desde que permitam eliminar as incertezas quanto ao comportamento das empresas participantes da prática.

[...]

Desse modo, nas situações em que a troca de informações concorrencialmente sensíveis afasta-se da similitude com os casos tipicamente classificados como cartéis, a responsabilização antitruste depende da verificação de efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais, e da análise de uma série de fatores específicos do caso, como quem são os participantes da prática, qual a natureza da informação, quão recente os dados são, seu nível de desagregação, sua disponibilidade pública ou não, a estrutura do mercado a frequência dos compartilhamentos, entre outros.¹⁸⁸ (sem grifo no original)

Ao final, ao analisar o caso concreto em comento, a SG opinou que os indícios existentes quanto à troca de informações sensíveis entre concorrentes, bem como quanto ao menos dois episódios de acordo de fixação de remuneração laboral, eram suficientes para a instauração do processo administrativo.

Portanto, a partir da referida Nota Técnica de Instauração, nota-se que o órgão de investigação antitruste entendeu, neste processo administrativo, que o conteúdo da informação

¹⁸⁷ Ibid., p. 39.

¹⁸⁸ Ibid., p. 42-43.

tem, sim, importância, tendo em vista que trocas de determinadas informações podem se equipar a um cartel – e, sendo o caso, deverão ser analisadas como um ilícito por objeto.

Além de todo o exposto, também importa mencionar, para fins do presente trabalho, os TCCs celebrados no âmbito deste processo¹⁸⁹. Em todos eles, a contribuição pecuniária a ser paga pelos Requerentes foi calculada a partir da multa esperada para uma eventual condenação por conduta autônoma de troca de informações. Não havendo jurisprudência formada sobre a alíquota a ser adotada, recorreu-se a um estudo elaborado pelo Gabinete da Presidência do Cade acerca da alíquota média atribuída pela autarquia para tal conduta em sede de TCC, onde se identificou o valor de 3,2%. Com tal referência, outros elementos foram sopesados para a conclusão da percentagem cabível no caso concreto. A ver:

Com relação à alíquota, o Tribunal do Cade, sob a égide da Lei nº 12.529/2011, ainda não possui jurisprudência consolidada sobre trocas de informações sensíveis como condutas autônomas, tendo em vista que tal infração geralmente está associada a outros delitos colusivos, como, por exemplo, o cartel.

Assim, com o intuito de auxiliar na definição da alíquota da multa esperada no presente caso, considerou-se inicialmente o Documento de Trabalho intitulado "TCC na Lei 12.529/2011", elaborado pelo Gabinete da Presidência do Cade, com o apoio de uma consultoria contratada por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no qual se identificou que a alíquota média atribuída em TCCs pelo Cade, para a conduta de troca de informação concorrencialmente sensível, é de 3,2%.

Em segundo lugar, a SG considerou a gravidade da conduta investigada. No processo administrativo, verificou-se sistemática troca de informação concorrencialmente sensível entre competidores - que concorrem entre si pelos trabalhadores - a respeito de remunerações, reajustes e outros benefícios oferecidos aos funcionários e/ou futuros funcionários. Ademais, a conduta era viabilizada por meio de um grupo autodenominado "Grupo MedTech", composto por empresas representadas por pessoas físicas, seus funcionários do setor de recursos humanos. O grupo era institucionalizado e, embora não fosse constituído formalmente como uma pessoa jurídica própria, possuía regimento interno, logotipo, cargos de administração interna e grupo de mensagens próprio, além de realizar reuniões presenciais periódicas.

Há evidências nos autos de que as informações (i) eram diretamente compartilhadas entre os membros do Grupo MedTech; (ii) eram atuais e/ou sobre planos futuros das empresas Participantes da Conduta Relatada; (iii) eram desagregadas e individualizadas; e (iv) ficavam adstritas ao acesso dos membros do Grupo MedTech (não eram publicizadas ou públicas). A conduta, além disso, teve uma longa duração, tendo sido relatado pelos Signatários da Leniência que seu início se deu no final de 2009, tendo perdurado, ao menos, até 2018. [ACESSO RESTRITO] ██████████.

Diante disso, ponderando-se as características do caso em concreto com o fato de que esta é a primeira investigação da autoridade concorrencial brasileira que tem como objeto uma infração à ordem econômica no mercado de trabalho, estabeleceu-

¹⁸⁹ Requerimentos nº 08700.001552/2021-92, 08700.001663/2021-07, 08700.001742/2021-18, 08700.002147/2021-91, 08700.002471/2021-18 e 08700.001017/2022-12.

se, durante a negociação, uma **alíquota de [ACESSO RESTRITO]** [REDACTED].¹⁹⁰
(sem grifo no original)

A alíquota, como notório, não foi revelada, o que, por sua vez, não impede de perceber uma coerência argumentativa com os outros TCCs aqui mencionados que também tiveram por escopo a troca de informações sensíveis enquanto prática isolada, oportunidades nas quais também foram aplicadas alíquotas inferiores a 5%.

No mais, relatados os principais aspectos do caso, é imperioso chamar atenção para uma certa dubiedade gerada nas manifestações até então expostas neste processo administrativo. Em que pese não se tenha acesso às evidências individualizadas e de acesso restrito para melhor verificação, destaca-se que o posicionamento público da SG instiga dúvidas.

Primeiramente, em relação à conduta imputada. Como visto, o órgão arguiu que informações relacionadas a preços e quantidades poderiam se equiparar a um cartel, mesmo que ausente um acordo explícito. A explicação foi de que, uma vez que os efeitos negativos e os objetivos anticompetitivos se assemelham a de uma prática cartelista, a mera partilha desses dados poderia ser vista como uma colusão tácita e/ou prática concertada. Ademais, o próprio órgão frisou posteriormente que cartéis também englobam práticas concertadas em sua definição.

Dessa maneira, a partir do exposto, havendo trocas de informações sobre remunerações (os “preços” no mercado de trabalho), não ficou claro o porquê de que, na nota técnica e principalmente nos TCCs, não foi imputada ou trabalhada mais especificamente a ideia de cartel, ainda que apenas o cartel *soft*.

Segundo, assumindo-se que tal troca de informações se equipara a um cartel, conduta mais grave do direito antitruste, justamente pelas finalidades e potenciais de danos das informações intercambiadas, a alíquota de referência de 3,2% também provoca questionamentos. Afinal, sendo os prejuízos e objetivos semelhantes entre as condutas, seria esperado uma alíquota similar àquela aplicada aos cartéis, mesmo que dentro do intervalo utilizado para os cartéis *soft*.

De todo modo, é inequívoco que o presente caso traz e promove grandes contribuições ao debate da troca de informações sensíveis enquanto conduta autônoma, e, estando ainda em

¹⁹⁰ Considerações expostas em todas as notas técnicas dos TCCs celebrados. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimentos nº 08700.001552/2021-92, 08700.001663/2021-07, 08700.001742/2021-18, 08700.002147/2021-91, 08700.002471/2021-18 e 08700.001017/2022-12.** Acesso em: 07 nov. 2023.

fase de instrução, possui grande potencial para destrinchar e amadurecer tal discussão no direito antitruste brasileiro.

III.2.3. Conclusões sobre o posicionamento do CADE

Tal como evidenciado neste capítulo, embora a legislação concorrencial brasileira possibilite a repressão de troca de informações concorrencialmente sensíveis enquanto conduta autônoma, dada a sua tipologia aberta, o CADE carece de precedente específico sobre essa prática, não havendo jurisprudência consolidada acerca da temática.

Como visto, entretanto, isso não quer dizer que o tema jamais tenha sido posto em debate nas searas da autarquia. Ao contrário, foram constatadas (i) manifestações em notas técnicas da SG em procedimentos administrativos em trâmite que tratam diretamente sobre a prática em apreço, assim como (ii) entendimentos ocasionais da matéria espalhados em notas técnicas da SG e votos do Tribunal em processos que se julgavam outras condutas.

Baseado em tais documentos, restou notório, por exemplo, que o CADE, de fato, reconhece a existência da prática autônoma como um ilícito concorrencial, o que esclarece o primeiro questionamento levantado nesta monografia. No mesmo sentido, outras considerações também parecem bem sedimentadas na entidade em caso de imputação da referida infração aos investigados, tais como o uso da prescrição administrativa quinquenal e a aplicação de uma alíquota abaixo de 5% para o cálculo da multa - ao menos, em sede de TCCs.

Por outro lado, há também questões não sedimentadas que demandam e requerem maior esclarecimento e/ou um posicionamento da autoridade. Por exemplo, ao se buscar responder o segundo questionamento deste trabalho, qual seja o processo adotado pela instituição para diferenciar a prática isolada de outras trocas de informações sensíveis, notou-se que o CADE tem tido especial dificuldade em adotar uma posição acerca dos critérios que distinguem cartéis e trocas autônomas, quando diante de uma informação potencialmente cartelista.

Como se observou, as manifestações da autarquia acerca da relação do conteúdo da informação e a respectiva imputação do ilícito têm sido inconsistentes. Ora demonstra que o conteúdo da informação não é importante e exige indícios mínimos de combinação entre os concorrentes para que haja a demonstração de um acordo anticompetitivo e, conseqüente, a imputação de cartel, de modo que, na ausência desses indicativos, haveria uma troca autônoma, independentemente da informação; ora defende que determinados conteúdos potencialmente cartelistas são capazes, por si só, de indicar uma prática concertada, de maneira que a mera troca desses dados equipara-se a um cartel, mesmo que não haja um acordo ou arranjo evidente.

Nesse tocante, relevante observar que, assumindo-se tal equiparação, também não ficou bem estabelecido quais as consequências disso para efeitos de multas e condenação, posto que, mesmo entendendo por essa igualdade, a SG, quando do cálculo da multa esperada para fins de TCCs em um dos processos citados, optou por aplicar alíquotas menores às aplicadas aos cartéis.

Convém ressaltar que as dúvidas sobre essa diferenciação entre os ilícitos surgem apenas quando presentes informações potencialmente cartelistas. No caso de informações não cartelistas, isto é, que não versem sobre objetivos de cartéis e não estejam em um acordo, não se verificam discussões por parte da autarquia. Nessas situações, em verdade, entende-se haver um consenso de que o dado deve ser visto como uma troca autônoma e deve ser analisado pela regra da razão, uma vez que não é possível presumir os seus efeitos negativos.

Além dos aspectos acima mencionados, o entendimento sobre o que são dados sensíveis também é vago. Sobre isso, conforme asseveram Rodrigues, Binotto e Oliveira, ainda “permanecem incertos os limites de legalidade do acesso e troca de informações sensíveis entre os diferentes agentes econômicos”¹⁹¹. Neste ponto, todavia, admite-se que, muitas vezes, a análise somente poderá ser feita no caso a caso, o que não significa, por sua vez, que a entidade não possa ser mais transparente junto aos mercados quanto aos critérios e às formas de avaliação de uma informação sensível.

Por último, outro ponto, que não se trata de um problema em si, mas é digno de nota, refere-se ao termo utilizado pela entidade. Conforme visualizado, vários são os documentos encontrados que usam o termo “troca de informações sensíveis” como sinônimo de troca autônoma de informações sensíveis. Percebe-se, assim, uma certa mistura nos conceitos.

Conforme elucidado na parte teórica deste trabalho, a primeira expressão é mais genérica e se insere em cenários diferentes dentro do escrutínio antitruste, incluindo tanto a troca independente quanto o próprio cartel. Ou seja, uma troca de informações sensíveis também pode ser utilizada para se referir a um intercâmbio de dados dentro de um contexto cartelista, como, inclusive, o próprio CADE faz em vários de seus julgados.

O emprego dessa terminologia genérica, portanto, pode gerar confusões na compreensão da conduta investigada, além de dificultar uma pesquisa documental mais precisa, porquanto as práticas se misturam com a mesma nomenclatura. Apesar disso, reconhece-se que tal questão é menos relevante, tendo em vista que, em muitas oportunidades, o contexto é mais do que suficiente para o reconhecimento da infração tratada.

¹⁹¹ RODRIGUES; BINOTTO; OLIVEIRA, *op. cit.*

Logo, conforme demonstrado, em que pese alguns consensos, a autoridade concorrencial brasileira ainda necessita tomar uma posição mais elucidativa acerca da conduta em destaque perante os agentes econômicos, em especial no que diz respeito aos critérios diferenciadores de um cartel e de uma troca autônoma de informações, e, se for o caso, à(s) metodologia(s) de análise aplicável(is) para os conteúdos dos dados de uma prática autônoma.

Essas lacunas, mister destacar, geram uma certa instabilidade e imprevisibilidade às empresas que sejam eventualmente investigadas, em claro prejuízo ao princípio da segurança jurídica. A esse respeito, Martinez e Araujo frisam que as autoridades mundo afora têm fornecido orientações úteis a serem consideradas pelas empresas “para evitar a incerteza empresarial que surge quando as regras de concorrência são aplicadas de forma inconsistente em diferentes jurisdições”. Assim, segundo as autoras, um esclarecimento da conduta de troca de informações por parte do CADE “evitaria um tratamento mais rigoroso que poderia prejudicar as empresas brasileiras que competem em mercados regionais ou globais”¹⁹².

Importante realçar que a carência de maiores esclarecimentos e a presença de ambiguidades acarretam custos adicionais - e, muitas vezes, desnecessários - para as empresas na tentativa de se precaver diante de um contexto imprevisível. Nessa esteira, Rodrigues, Binotto e Oliveira ressaltam que “uma maior clareza [...] permitirá que tanto a autoridade concorrencial quanto os administrados possam prever e adotar cuidados tanto no contexto de transações comerciais e societárias, quanto na estruturação de programas de prevenção e *compliance* concorrencial contra condutas anticompetitivas”¹⁹³.

Por conseguinte, entende-se por fundamental um posicionamento mais elucidativo por parte do CADE acerca da troca de informações sensíveis, para além do mencionado “Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração análise”, tendo como enfoque a delimitação e aspectos diferenciadores da prática independente. Reforça-se que a ausência deste pode impactar negativamente as empresas e, em consequência, os consumidores, o que não é o esperado de uma autoridade antitruste. Uma posição mais assertiva, assim, teria o condão de reestabelecer a segurança jurídica, assim como a adoção de práticas mais eficientes e seguras na esfera comercial.

¹⁹² Tradução livre de: “Distilling its experience with these cases, CADE could consider setting forth “safe harbors” for exchanges of information taking into account such criteria. Several international precedents provide useful guidance to national authorities and should be considered in order to avoid the business uncertainty that arises when competition rules are applied in an inconsistent manner across different jurisdictions. This would avoid a more stringent treatment by CADE that could disadvantage Brazilian business competing on regional or global markets”. MARTINEZ; ARAUJO, op. cit. p. 13.

¹⁹³ RODRIGUES; BINOTTO; OLIVEIRA, op. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve por objetivo analisar o posicionamento do CADE em relação à troca de informações sensíveis enquanto prática autônoma. Diante de um cenário pouco claro sobre a conduta no Brasil, o que se pretendia era averiguar se tal prática, existente na doutrina e na jurisprudência internacional, era reconhecida pela entidade e, se sim, como seria a diferenciação dela perante outras práticas similares de troca de informações.

Assim sendo, presente trabalho buscou, de início, elucidar conceitos e aspectos técnicos basilares da referida conduta, notadamente (i) as trocas de informações entre concorrentes, (ii) a troca autônoma de informações sensíveis, (iii) as informações sensíveis, (iv) os efeitos e metodologias de análise de uma troca de informações, e (v) os atributos teóricos similares e diferenciadores da troca autônoma em face de outras práticas concorrenciais relacionadas.

Apresentadas as noções introdutórias, passou-se ao exame da realidade concorrencial brasileira quanto a essa infração. Primeiramente, recorreu-se à legislação, ao regimento e a guias do direito antitruste brasileiro, com o objetivo de entender se e como a troca de informações sensíveis enquanto conduta independente eram abordadas no ordenamento jurídico do Brasil, de modo a identificar as normas que orientavam a atuação do CADE perante o ilícito. Em segundo, procurou-se levantar procedimentos administrativos nos quais a autarquia tivesse debatido a temática, a fim de revelar a real compreensão da autoridade sobre o assunto.

Dito isto, o desenvolvimento da presente monografia permitiu notar que, em verdade, (i) não existe dispositivo particular para a conduta em apreço, o que não impede a repressão da conduta em virtude da tipologia aberta da lei, bem como (ii) não existe precedente específico sobre tal troca de informações, não havendo uma jurisprudência concorrencial formada e/ou consolidada no Brasil. Apesar disso, verificou-se que o tema tem sido abordado pelo CADE com cada vez mais frequência tanto em procedimentos administrativos em trâmite que abordam especificamente a infração quanto ocasionalmente em notas técnicas e votos de outros julgados.

A partir deles, verificou-se que a autoridade brasileira expressamente reconhece a conduta autônoma de troca de informações, respondendo a primeira indagação deste trabalho. Além disso, notou-se a presença de alguns outros entendimentos aparentemente consolidados, caso imputada a respectiva infração, como (i) a aplicação da prescrição administrativa quinquenal, e (ii) a alíquota abaixo de 5% para cálculo da multa, ao menos, para TCCs; caso imputada a infração.

A despeito disso, ao se examinar o segundo questionamento desta monografia, restou nítido que o CADE tem demonstrado dificuldades em definir uma única posição quanto aos

elementos diferenciadores de uma troca autônoma em relação a um cartel, quando presente uma informação potencialmente cartelista.

Como visto, para alguns, há a necessidade de comprovação de indícios mínimos de um acordo para que haja a imputação de um cartel (combinação de variáveis), independentemente da informação partilhada. Assim, uma informação potencialmente cartelista, como uma cotação de preços, que não apresente esses indícios mínimos seria investigada como uma troca autônoma de informações.

Para outros, um dado potencialmente cartelista intercambiado, ainda que não haja acordo expresso ou evidente, pode ser suficiente para que haja uma equiparação ao cartel, uma vez que os efeitos e os objetivos seriam os mesmos. Assim, a mesma cotação de preços acima citada seria equiparada a um cartel, mesmo que não se verificasse uma combinação de variáveis. Além disso, nesse ponto, também não ficou explícito quais as consequências dessa paridade para fins de condenação e cálculo da multa.

Importa dizer que, no que diz respeito aos dados que não versem sobre assuntos potencialmente cartelistas e não estejam em acordo, há um consenso para que estes sejam investigados como troca autônoma e sejam analisados pela regra da razão, uma vez que podem ter efeitos pró-competitivos ou neutros.

Por fim, embora não sejam temas centrais do presente trabalho, outros aspectos da prática independente também chamaram atenção no decorrer da análise dos processos administrativos, a saber: (i) a incerteza dos limites da legalidade da troca de informações sensíveis, questão que, apesar de, muitas vezes, requerer um exame casuístico, o CADE poderia ser mais transparente perante o público acerca dos critérios adotados na análise da sensibilidade de um dado; e (ii) o fato da autarquia utilizar troca de informações sensíveis como sinônimo da troca autônoma, o que pode promover confusões interpretativas e dificultar uma pesquisa documental, ainda que se reconheça que o contexto seja suficiente para a devida compreensão.

Tendo em vista todos os elementos supramencionados, concluiu-se que, em virtude da inconstância das manifestações do CADE e ausência de maiores esclarecimentos em vários pontos, existe um claro prejuízo ao princípio da segurança jurídica para os jurisdicionados, o que pode implicar em custos maiores e possivelmente desnecessários para as empresas, vez que estas não encontram parâmetros e critérios precisos que permitam uma previsibilidade acerca do processo decisório da instituição quanto às trocas de informações sensíveis.

Por esse motivo, espera-se que o presente trabalho possa servir de alerta para a necessidade de uma postura mais esclarecedora por parte do CADE, tanto no que diz respeito

à troca de informações em geral, mas especialmente quanto à sua conduta autônoma, de modo a assegurar o princípio da segurança jurídica e, em consequência, possibilitar aos agentes econômicos a adoção de práticas mais eficientes em suas atividades empresariais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLENDESALAZAR, Rafael. Gun Jumping. Global Dictionary of Competition Law. **Concurrences**. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/dictionary/gun-jumping>>. Acesso em: 14 out. 2023.

ATHAYDE, Amanda. **Troca de informações comercialmente sensíveis como conduta autônoma?** Dezembro, 2020. Disponível em: <<https://www.amandaathayde.com.br/single-post/troca-de-informa%C3%A7%C3%B5es-comercialmente-sens%C3%ADveis-como-conduta-aut%C3%B4noma>>. Acesso em: 05 out. 2023.

AZEVEDO, Paula. **Ilícito por objeto na jurisprudência do CADE:** o caso das tabelas de preços. IBRAC. Disponível em: <<https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresentação%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

BERARDO, José Carlos; DANIEL, Juliana. Acesso, não troca, a informações concorrencialmente sensíveis. **JOTA**. 13 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acesso-nao-troca-a-informacoes-concorrencialmente-sensiveis-13072019>>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Lei n 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 06 nov. 2023.

COMPETITON AND MARKETS AUTHORITY. **Managing competitively sensitive information**. 25 sep. 2014. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/limiting-risk-in-relation-to-competitors-information/managing-competitively-sensitive-information>>. Acesso em: 14 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. Maio, 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia para análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Maio, 2015. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00**. Nota Técnica nº 108/2016 (SEI 0285998), Voto do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0550601) e outros. Acesso em: 14 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14**. Volume de Processo 59 (SEI 0124996). Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado (p. 221-256 PDF). Acesso em: 12 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior (SEI 0276270). Acesso em: 12 nov. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.003970/2010-10**. Voto Conselheiro Paulo Burnier (SEI 0744428), Voto Conselheiro Luiz Hoffmann (SEI 0744428) e outros. Acesso em: 14 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.000171/2019-71**. Nota Técnica nº 13/2019 (SEI 0567536) e outros. Acesso em: 12 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73**. Nota Técnica nº 97/2019 (SEI 0672662), Voto Conselheiro Sérgio Ravagnani (SEI 0810442) e outros. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74**. Nota Técnica nº 76/2019 (SEI 0659078), Voto Conselheiro Sérgio Ravagnani (SEI 0797451) e outros. Acesso em: 12 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Nota Técnica nº 90/2018 (SEI 0558060), Voto do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0635922) e outros. Acesso em: 14 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53**. Nota Técnica nº 10/2016 (SEI 0246247), Nota Técnica 39/2019 (SEI 0618233), Despacho SG nº 1589/2018 (SEI 0559066) e outros. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88**. Nota Técnica nº 57/2020 (SEI 0795965) e outros. Acesso em: 13 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Regimento Interno do CADE**, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.001017/2022-12**. Acesso em: 07 nov. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.001359/2017-75**. Nota Técnica nº 119/2017 (SEI 0396295). Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.001552/2021-92**. Acesso em: 07 nov. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.001663/2021-07**. Acesso em: 07 nov. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.001742/2021-18**. Acesso em: 07 nov. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.002147/2021-91**. Acesso em: 07 nov. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.002471/2021-18**. Acesso em: 07 nov. 2023

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61**. Nota Técnica nº 36/2021 (SEI 0877689) e outros. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.006694/2016-89**. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.006721/2016-13**. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.006875/2016-13**. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.006955/2016-61**. Acesso em: 15 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.007988/2016-28**. Acesso em: 15 out. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Cartels**. Disponível em: <https://competition-policy.ec.europa.eu/cartels_en>. Acesso em: 12 out. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. **Official Journal of the European Union**. 14 jan. 2011. Notices from European Union Institutions, Bodies, Offices and Agencies. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>>. Acesso em: 04 out. 2023.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Information exchange**: be reasonable. December, 2014. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2014/12/information-exchange-be-reasonable>>. Acesso em: 23 out. 2023.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **The Antitrust Laws**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

FEDERAL TRADE COMMISSION; U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**. April, 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Big data e concorrência**: principais impactos sobre a análise concorrencial (parte 1). Novembro, 2017a. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2017-11-29-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023. p. 2.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017b.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GALVÃO, Luiz Antonio. **Troca indireta de informações entre concorrentes**: os limites do ilícito concorrencial. Orientador: Professor Doutor Vinicius Marques de Carvalho. 2018. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-17092020-170014/publico/6487512_Dissertacao_Original.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

KLEINDIENST, Ana Cristina Von Gussek. Troca de informações concorrencialmente sensíveis. **JOTA**. 15 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/troca-de-informacoes-concorrencialmente-sensiveis-15022019>>. Acesso em: 12 out. 2023.

LIMA, Ticiania. Cooperação entre concorrentes: desafios para o Cade e riscos para as empresas. **ConJur**. 07 nov. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-07/cooperacao-entre-concorrentes-desafios-cade-empresas>>. Acesso em: 8 nov. 2023.

MAROSI, Zóltan; SOARES, Marcio. **Information Exchange and Related Risks: A Jurisdictional Guide**. Florence: Concurrences, 2022. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/all-books/information-exchange-and-related-risks>>. Acesso em: 25 out. 2023.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. **Information Exchange among Competitors: The Lay of the Land of Enforcement in Brazil: Competition Policy Internacional**. March, 2020. Disponível em: <https://www.pymnts.com/cpi_posts/information-exchange-among-competitors-the-lay-of-the-land-of-enforcement-in-brazil/>. Acesso em: 09 out. 2023, p. 4.

NOVIS, Maria Eugênia. Troca de informações entre concorrentes na mira do Cade. **Valor Econômico**. 1 ago. 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/patrocinado/machado->

meyer-advogados/inteligencia-juridica/noticia/2019/08/01/troca-de-informacoes-entre-concorrentes-na-mira-do-cade.ghtml> OU <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/troca-de-informacoes-entre-concorrentes-na-mira-do-cade#:~:text=Fora%20deste%20contexto%2C%20a%20troca%20que%20pode%20ocorrer%2C,multa%20de%200%2C1%25%20a%2020%25%20do%20faturamento%20bruto.>>. Acesso em: 05 out. 2023.

NOVIS, Maria Eugênia; GLENK, Ana Bátia. A importância da cautela na estruturação de acordos de colaboração entre concorrentes. **Migalhas**. 13 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/363840/a-importancia-da-cautela-em-acordos-de-colaboracao-entre-concorrentes>>. Acesso em: 09 nov. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, **Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law**. July, 1993. Disponível em: <<https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Hard Core Cartels**. 2000. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**. 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Review of the 1998 ECD Recommendation concerning Effective Action Against Hard Core Cartels**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-review-1998-hard-core-cartels-recommendation.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/suspensory-effects-of-merger-notifications-and-gun-jumping-2018.pdf>>. Acesso: 22 out. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects**. 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

PAULA, Ana Paula Aparecida Guimarães de; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Novos paradigmas na análise da troca de informações concorrenciaismente sensíveis: Para além da análise per se v. regra da razão. **Revista do IBRAC**. ed. 1, p. 439-463, 2021. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153394/novos_paradigmas_analise_guimaraes.pdf#:~:text=Com%20base%20na%20estrutura%20delineada%20pela%20Lei%20n%C2%B0,por tanto%2C%20provar%20seus%20efeitos%20negativos%20para%20a%20concorr%C3%AAn cia. Acesso em: 11 out. 2023.

RODRIGUES, Eduardo Frade. Relevação unilateral de informações como conduta anticompetitiva. **Consultor Jurídico**. 30 dez. 2021. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2021-dez-20/revelacao-unilateral-informacoes-conduta-anticompetitiva/>>. Acesso em: 05 nov. 2023.

RODRIGUES, Eduardo Frade; BINOTTO, Anna; OLIVEIRA, Marianna Rodrigues. Troca de informações concorrencialmente sensíveis. **JOTA**. 27 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/troca-de-informacoes-concorrencialmente-sensiveis-2-27062019>>. Acesso em: 10 out. 2023.

RODRIGUES, Alexandre Amaral. **Ambição e prudência**: os sistemas econômicos de Adam Smith. Orientadora: Profa. Dra. Maria das Graças de Souza. 2017. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-02022018-114751/publico/2017_AlexandreAmaralRodrigues_VCorr.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. **Revista do CADE**, v. 1, n. 2, p. 92-118, 13 out. 2023. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/70/72>>. Acesso em: 13 out. 2023.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de penas na repressão a cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. Orientador: Diogo Rosenthal Coutinho. 2014. Dissertação (Mestre em Direito Econômico e Financeiro) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-091202/publico/Flavia_C_dos_Santos_INTEGRAL.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2023.

SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. **O Direito da Concorrência na economia movida a dados**: uma análise dos impactos do Big Data no controle de estruturas do setor digital. Orientador: Ana de Oliveira Frazão. 2019. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23511/1/2019_LuizaMendoncaDaSilvaBeloSantos_tcc.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.

SILVA, Matheus Carvalho. Covid-19 e a troca de informações concorrencialmente sensíveis. **Migalhas**. 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325855/covid-19-e-a-troca-de-informacoes-concorrencialmente-sensiveis>>. Acesso em: 05 out. 2023

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOFIA COMPETITION FORUM. **Guidelines on Information Exchange Between Competitors**. Sofia, 2013. Disponível em: <<https://e-bp.inp.pan.pl/server/api/core/bitstreams/cb0e6758-63a3-41e2-98ed-cf00b9641935/content>>. Acesso em: 04 out. 2023.

SOUSA, Alden Caribé de; MACHADO, Fernanda Garcia; MACEDO, Alexandre Cordeiro. Exchanges of information. Global Dictionary of Competition Law. **Concurrences**. 2022. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/dictionary/exchange-of-information>>. Acesso em: 03 out. 2023.

THE COMPETITION COMMISSION SOUTH AFRICA. **Guidelines on the Exchange of Competitively Sensitive Information between Competitors under the Competition Act No.89 of 1998 (as amended)**. 27 jan. 2023. Disponível em: <https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202302/48104gon3084.pdf>. Acesso em 14 out. 2023.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **International Anticartel Enforcement and Interagency Enforcement Cooperation**. June, 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/chapter-4>>. Acesso em: 12 out. 2023.

VOWDEN, Daniel; FOUNTOUKAKOS, Kyriakos. CARTEL. **Concurrences**. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/dictionary/cartel#:~:text=A%20cartel%20is%20an%20anti,of%20prices%20or%20other%20trading>>. Acesso em: 08 out. 2023.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. New York: Oxford University Press, 2012.