

As associações e seus desdobramentos sobre a livre concorrência

Reflexões sobre porque e como aplicar a legislação concorrencial às associações

Parte II

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

No artigo anterior, procurei mapear algumas das preocupações concorrenciais que surgem com o crescente protagonismo das associações no cenário econômico, inclusive no que diz respeito a questões estruturais que podem decorrer mesmo em se tratando de associações de classe.

No presente artigo, procurarei me concentrar naquele que foi o cerne das reflexões do trabalho de Fernanda Ribeiro Vasconcelos Merlo, ao qual já fiz referência no primeiro artigo: a questão da troca de informações sensíveis entre associados e em que medida tais condutas seriam ou não ilícitas concorrenciais. Com efeito, a própria ideia de associação de classe traz em si a necessidade de conhecimento e cooperação entre os associados, havendo até quem sustente que há benefícios pró-competitivos decorrentes da troca de informações.

Para analisar a questão, é importante salientar que um componente essencial do bom funcionamento de mercados competitivos é precisamente a transparência e a difusão da informação. É isso que faz com que agentes supostamente racionais possam orientar suas decisões de maneira informada. Entretanto, o ponto preocupante do fluxo informacional diz respeito a situações nas quais a informação não é divulgada para todos, mas sim para um pequeno grupo, exatamente para que ele se aproprie individualmente das vantagens competitivas decorrentes do acesso exclusivo à informação.

É esse o vetor comum de condutas ilícitas, tais como o *insider trading* e o cartel baseado em troca de informações entre seus participantes. Nesses casos, como o acesso à informação é restrito a alguns participantes – e não ao mercado – cria-se uma vantagem indevida para aqueles que foram privilegiados com a informação.

Daí por que existe uma grande diferença entre a divulgação de informações para o mercado como um todo e a divulgação de informações para determinados *players*, ainda mais quando estes são restritos e concorrentes. O problema torna-se maior no contexto de mercados concentrados e já tendentes à coordenação.

Por essa razão, no famoso caso *Hardwood*¹, tão bem explorado por Fernanda, a Suprema Corte americana equivocou-se ao decidir pela existência de ilícito antitruste, uma vez que a divulgação da política de preços dos associados era feita para todos, até mesmo para as autoridades, servindo até como mecanismo de eficiência do próprio mercado.

Isso chama a atenção para a necessidade de que a troca de informações seja vista também no contexto das características do mercado analisado, que podem exigir maior ou menor grau de planejamento e iniciativas mais consistentes para lidar com assimetrias informacionais ou outras falhas de mercado.

É o que acontecia no caso *Hardwood*, uma vez que várias circunstâncias de mercado legitimariam formas de planejamento lícito das suas atividades, tais como as que eram capitaneadas pela associação. Por essa razão, Fernanda lembra bem os ensinamentos de Posner, no sentido de ressaltar os aspectos conjunturais que afastariam a ilicitude naquele caso, tais como o fato de que os membros da associação se espalhavam por toda a extensão territorial dos EUA, o que abarcava mercados distintos, não havendo nenhuma localidade em que ultrapassassem 30%. Acresce que o plano de política de preços em questão possibilitava que os menores produtores pudessem fazer frente aos agentes monopolistas, dentre outros.

Daí por que o voto vencido do Justice Brandeis ressaltou que a divulgação de informações, naquele caso, teve o propósito de implementar uma competição racional e possível por meio da oferta de dados que não seriam

¹ American Column & Co v. United States, 257 U.S. 377 (1921).

disponíveis de outra forma e sem os quais muitos dos quais estavam engajados no mercado não poderiam atuar inteligentemente. Tratar-se-ia, portanto, de cooperação cujo objetivo não era suprimir a competição, mas sim promover a concorrência desejável. Outro ponto importante do voto é que, ao serem as informações disponibilizadas para todos e para o governo, não haveria a restrição que seria central para o ilícito antitruste.

Observa-se, portanto, que a existência de uma justificativa jurídica e econômica legítima e que seja apta a produzir benefícios para todo o mercado acaba sendo um critério extremamente importante para saber se a troca ou divulgação de informações será ou não lícita. Por essa razão, a troca setORIZADA e restritiva é vista com preocupações, o que se agrava, nos termos da lição de Posner, quando houver a possibilidade de que a informação compartilhada leve à fixação expressa ou tácita de preços.

Entretanto, a questão é mais delicada ainda, pois não se restringe ao receio quanto ao potencial de coordenação de preços. Como se sabe, os objetivos do Direito da Concorrência estão relacionados igualmente à qualidade, à inovação e à diversidade, que são vetores igualmente fundamentais para a análise pretendida. Assim, toda a troca de informações que possa comprometer a rivalidade no que diz respeito a tais aspectos é igualmente problemática.

Tais considerações são importantes, até para mostrar que a troca de informações entre concorrentes, para ser ilícita, não necessariamente precisa ter função de auxiliar no estabelecimento e na manutenção de um cartel. Sempre que a troca de informações não atender a propósito legítimo do ponto de vista jurídico e econômico, parte-se da premissa de que poderá trazer efeitos deletérios sobre o mercado, impedindo os níveis de rivalidade que seriam esperados caso não houvesse o mencionado compartilhamento.

Não obstante tais critérios, ainda é preciso ficar atento aos meios pelos quais as associações vêm cometendo ilícitos anticoncorrenciais. A própria OCDE² aponta os mecanismos cada vez mais sutis para a prática de condutas anticompetitivas, tais como restrições à entrada de membros ou pseudocódigos de ética, que são apenas mecanismos para encobrir o verdadeiro propósito da associação, que é o de propiciar a coordenação entre os seus restritos membros.

² Policy Roundtable on Trade Associations. Paris. 2001. www.oecd.org/daf/competition/sectores/41646059.pdf.

Para a avaliação da ilicitude da troca de informações, é muito importante verificar não apenas o tipo de informação, mas também a forma de sua divulgação. Daí porque o compartilhamento de dados agregados ou com algum retardo temporal pode atenuar preocupações concorrenciais, principalmente quando auxiliam no conhecimento do mercado e podem contribuir para a sua maior eficiência.

Verdade seja dita que, em um contexto de *big data*, mesmo a divulgação de dados agregados pode gerar novos desafios, diante do crescente poder preditivo das máquinas. Isso nos leva a refletir se, no futuro, haverá necessidade de criar algumas restrições para o fluxo informacional ou restringir as finalidades que podem ser alcançadas pelo processamento de dados, a fim de evitar ilícitos.

Sob essa perspectiva, é importante advertir que o *big data* não leva necessariamente a uma democratização da informação, até porque os dados em si, ainda que possam ser acessíveis, só têm valor enquanto podem ser convertidos em informações economicamente úteis. O que tem sido observado é que, como a capacidade de processamento de dados varia bastante conforme os agentes, o *big data* não tem sido suficiente para afastar nem a assimetria informacional nem a vantagem comparativa dos que, por serem mais poderosos, têm acesso mais rápido a informações de qualidade que podem ser utilizadas para os mais diferentes fins.

Por fim, ainda há um ponto importante, que exige a contextualização do tema à luz das peculiaridades do capitalismo de laços brasileiro, em que importantes agentes econômicos normalmente mantêm grandes relações de proximidade, por diversos mecanismos³. Associações entre agentes econômicos são, portanto, mais um dentre inúmeros outros instrumentos de conexão, os quais precisam ser analisados em seu conjunto, a fim de que se possa compreender o grau de proximidade entre diversos agentes econômicos e as implicações concorrenciais que podem daí resultar.

Nesse ponto, as preocupações com condutas ilícitas, como é o caso do cartel, se entrecruzam com as questões estruturais, que foram abordadas no artigo anterior. Afinal, a análise dos ilícitos antitruste precisa ser feita

³ Ver, por todos, LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços. Os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

considerando as características dos mercados envolvidos e dos agentes econômicos que se reúnem em uma associação. Da mesma forma, critérios de governança que assegurem gestão independente e um eficiente programa de compliance para a associação devem ser levados em consideração, na medida em que podem afastar várias das preocupações concorrenciais sobre o assunto.

Conclui-se, portanto, no sentido de que os impactos concorrenciais das associações, incluindo as de classe, é tema de extrema importância, que certamente está a merecer maiores reflexões por parte da doutrina e da jurisprudência do CADE.

Quanto mais as associações se aproximam das sociedades na realização de atividades econômicas e no protagonismo na organização dos mercados, mais é necessário que o Direito Concorrencial compreenda essa forma de atuação e possa endereçá-la adequadamente.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/as-associacoes-e-seus-desdobramentos-sobre-a-livre-concorrencia-2-26062019

Publicado em 26/06/2019