

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 1 - 2021

ISSN 1517-1957

RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE COMO RESTRIÇÕES CONCORRENCIAIS

Mário André Machado Cabral
Marcio de Oliveira Junior
Paulo Springer de Freitas

Resumo: Objetiva-se verificar se restrições à publicidade podem ser consideradas infrações concorrenciais. A hipótese é de que normas infralegais restritivas da publicidade, usualmente provenientes de associações profissionais, são contrárias à Lei 12.529/2011. Os resultados confirmaram a hipótese, suscitando-se que: publicidade viabiliza entrada e rivalidade; entrantes de caráter inovador costumam apresentar elevados custos fixos e precisam da publicidade para ampliar sua base de clientes e, assim, diluí-los; e restrições à publicidade produzem efeitos anticompetitivos, como a restrição à entrada de agentes inovadores. A conclusão aponta que a publicidade é ferramenta competitiva que facilita entradas e reduz assimetrias de informação; sua restrição demanda investigação antitruste.

Palavras-chave: publicidade; infrações da ordem econômica; tecnologia; associações profissionais; efeitos anticompetitivos.

Keywords: advertising; anticompetitive violations; technology; professional associations; anticompetitive effects.

“Seu estágio de humanoide hoje se inicia
Fique calmo, vamos começar a transmissão”.

Gilberto Gil

1. Introdução

Publicidade é uma questão concorrencial? Partindo dessa ideia, Elizabeth Mensh e Alan Freeman discutem, em *paper* publicado no *Duke*

Law Journal em 1990, como a publicidade passou a ser tratada nos Estados Unidos, a partir dos anos 1980, como um instrumento em benefício da diferenciação competitiva e da eficiência¹. As empresas utilizam a publicidade como uma estratégia de comunicação de suas vantagens competitivas. A publicidade pode ser entendida como uma ferramenta de competição. Sem publicidade, as empresas têm maiores dificuldades de, por meio da divulgação dos seus diferenciais, disputar a preferência dos consumidores. Restringida a publicidade, inibe-se a entrada e criam-se obstáculos ao desenvolvimento de concorrentes. Para entrantes de caráter inovador, como startups, a publicidade pode ser uma ferramenta de ampliação da base de clientes, viabilização do enfrentamento dos custos tecnológicos e validação de novos produtos, serviços ou modelos de negócio. A publicidade contribui para tornar possíveis entradas disruptivas.

Apesar da constatação referente à relevância concorrencial da publicidade, alguns setores econômicos contam com normas limitadoras da comunicação publicitária. Tais normas são criadas comumente por entidades associativas e profissionais, exibindo caráter infralegal. Diante disso, algumas indagações merecem ser objeto de reflexão. Medidas restritivas da publicidade elaboradas por associações ou conselhos profissionais gozam de imunidade antitruste? São enquadráveis como infração da ordem econômica conforme a Lei de Defesa da Concorrência (LDC)²? Provocam efeitos anticompetitivos? Demandam investigação e eventual sanção por parte da autoridade antitruste nacional, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)? Essas inquietações inspiraram a presente pesquisa.

Para endereçar esses questionamentos, este artigo, partindo de pesquisa bibliográfica e análise econômica e jurídica, foi estruturado da seguinte forma: após esta breve introdução, a primeira seção discute a centralidade da publicidade para empresas entrantes de caráter inovador e base tecnológica; a segunda seção indaga a respeito da relevância

¹ MENSCH, Elizabeth; FREEMAN, Alan. Efficiency and Image: advertising as an antitrust issue. *Duke Law Journal*, v., 1990, p. 321-373.

² Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

econômica da publicidade para o enfrentamento dos custos com tecnologia por empresas de caráter inovador; a terceira seção reflete acerca do caráter anticompetitivo e do tratamento como infração concorrencial de restrições à publicidade; por fim, algumas considerações são trazidas a título de conclusão.

2. Publicidade e startups: por que a publicidade é central para entrantes de caráter inovador?

Empresas entrantes – notadamente as de caráter inovador que visam aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos ou criar algo totalmente novo, as startups³ – precisam, antes de qualquer coisa, tornar-se conhecidas do público-alvo. Ostentando (i) capacidade informativa, (ii) força persuasiva e (iii) caráter comercial, a publicidade serve a esse propósito⁴. As empresas tentam se fazer conhecidas através da publicidade, que pode cumprir a função de comunicar as vantagens competitivas desses entrantes⁵.

Anusree Mitra e John G. Lynch Jr. esquematizam duas visões divergentes quanto aos efeitos econômicos da publicidade⁶. No modelo de “poder de mercado”, a publicidade é vista como meio que conduz a um aumento da diferenciação de produto apto a reduzir a percepção de substitutibilidade entre produtos concorrentes alternativos. Nas mãos de

³ Utilizamos o conceito trazido pela Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019, que trouxe alterações à Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

⁴ Cf. GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou Propaganda? É isso aí! *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 16, dez., 2001, p. 115.

⁵ O fenômeno publicitário é complexo e inclui aspectos como os comunicacionais (uma mensagem precisa ser passada, com frequência com o uso da comunicação de massa), os econômicos (atua usualmente no ambiente concorrencial, de mercado, em que as empresas buscam ampliar sua lucratividade e se diferenciar dos concorrentes) e sociais (é historicamente na construção da sociedade de massas, urbana e consumista que a publicidade se forja). Cf. PAVARINO, Rosana Nantes. *Panorama Histórico-Conceitual da Publicidade*. Tese (Doutorado em Comunicação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 99-104.

⁶ MITRA, Anusree; LYNCH JR., John G. Toward a Reconciliation of Market Power and Information Theories. *Journal of Consumer Research*, v. 21, mar. 1995, p. 644.

empresas já estabelecidas e dominantes, a publicidade pode reduzir a elasticidade-preço da demanda e mitigar a capacidade de rivais de atrair o consumidor. A referência em que se assenta essa compreensão é, sobretudo, a clássica obra de Joe Bain. Para Bain, a publicidade é uma das formas de propagar a diferenciação de produto, uma vez que busca reforçar a fidelização do consumidor. A diferenciação, por sua vez, avaliza a firmas estabelecidas vantagens que acabam por constituir barreiras à entrada⁷.

A outra visão sobre as relações entre publicidade e efeitos no mercado é inspirada na teoria econômica da informação, a partir, especialmente, dos clássicos trabalhos de George Stigler⁸ e Lester Telser⁹. Se a elasticidade-preço é decorrente do conhecimento do consumidor acerca das alternativas de ofertantes, a publicidade, ao franquear informação ao consumidor, colabora com o incremento da elasticidade-preço¹⁰. Os

⁷ BAIN, Joe S. *Barriers to New Competition: their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge: Harvard University, 1956, p. 114. De acordo com autores como Schmalensee, o exemplo pioneiro e mais expressivo de literatura econômica crítica à publicidade (por sua alegada natureza manipuladora e “intrinsecamente anticompetitiva”) é Nicholas Kaldor: SCHMALENSEE, Richard. *Advertising and Market Structure*. Working Paper #1294-82, Alfred P. Sloan School of Management, Massachusetts Institute of Technology, abr., 1982, p. 1-2. Disponível em: <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/46777/advertising-marke82schm.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 set. 2020; KALDOR, Nicholas. The Economic Aspects of Advertising. *The Review of Economic Studies*, v. 18, n. 1, 1950, p. 1-27.

⁸ STIGLER, George J. The Economics of Information. *The Journal of Political Economy*, v. 69, n. 3, jun., 1961, p. 213-225.

⁹ TELSER, Lester G. Advertising and Competition. *The Journal of Political Economy*, v. LXXII, n. 6, dez., 1964, p. 537-562.

¹⁰ MITRA, Anusree; LYNCH JR., John G. Toward a Reconciliation of Market Power and Information Theories, op. cit., p. 644. Telser argumenta que alguns tipos de publicidade proveem informações úteis ao consumidor (identificando as opções de vendedores, os termos de venda e a descrição do produto anunciado), o que, ao contrário do que se entendia à época, facilitaria a concorrência. TELSER, Lester G. Advertising and Competition, op. cit., p. 537.

impactos positivos sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor estariam dados¹¹.

É importante observar que o próprio Bain reconhece que esforços como os de publicidade podem, de fato, informar o consumidor a respeito das características distintivas de determinado produto¹². Além disso, as preocupações de Bain eram endereçadas às formas utilizadas por “established firms” em estruturas de mercado concentradas para impedir “nova concorrência”, *i.e.*, entradas de novos agentes econômicos. A publicidade como ferramenta de exacerbação da diferenciação e tendo como consequência uma redução potencial da elasticidade-preço só seria factível quando mobilizada por empresas já estabelecidas e detentoras de participações de mercado não triviais.

Ao deslocar o debate para o papel da publicidade promovida por pequenos entrantes, em especial startups que pretendem provocar, por força da inovação tecnológica, alterações na dinâmica dos mercados em que atuam, tais preocupações classicamente assinaladas por Bain se tornam menos relevantes. Acrescente-se o contexto atual, em que grande parte dos esforços de publicidade são dirigidos e promovidos na internet, especialmente nas redes sociais. Se considerarmos a magnitude de projetos publicitários em canais de televisão, no patrocínio de eventos esportivos, entre outras estratégias de porte semelhante, a publicidade nas redes

¹¹ É de meados dos anos 1980 nos Estados Unidos a mudança da percepção sobre o papel da publicidade na concorrência. Passou-se de um conceito que via na publicidade um instrumento da manutenção do poder de mercado para um entendimento de que a publicidade tem relevância concorrencial ao munir consumidores de informações que vão subsidiar decisões de consumo e potencialmente instigar a concorrência, com reflexos na precificação. O tema é discutido em: MENSCH, Elizabeth; FREEMAN, Alan. *Efficiency and Image*, p. 321-373.

¹² “Product differentiation is propagated by differences in the design or physical quality of competing products, by efforts of sellers to distinguish their products through packaging, branding, and the offering of auxiliary services to buyers, and by advertising and sales-promotional efforts designed to win the allegiance and custom of the potential buyer. These latter efforts may turn in part on informing the consumer of the distinctive physical properties of individual products, and also in part on ‘convincing’ him of their desirability, prestige, or superior quality”. BAIN, Joe S. *Barriers to New Competition*, op. cit., p. 114.

sociais se apresenta como mais acessível a startups e pequenos empreendedores.

Há entendimentos, como o que sugere documento do Stigler Center da Universidade de Chicago, no sentido de que publicidade pode configurar gasto alegadamente desnecessário capturado pelas grandes empresas de tecnologia¹³. Em geral, as preocupações relacionadas à publicidade no âmbito do debate sobre concorrência e economia digital se dirigem ao seu papel no fortalecimento do poder de mercado das gigantes plataformas online¹⁴. Em tempos de “attention markets”, em que a atenção do consumidor nas redes é um ativo desejado, os altos investimentos em publicidade se explicam, gerando ganhos expressivos às *big techs*¹⁵. Contudo, esse não é o debate ora travado. A discussão aqui passa pelo exame de normas usualmente emanadas de associações profissionais com vistas à restrição da publicidade. Restrições dessa natureza mais aproveitam aos incumbentes dominantes do que aos entrantes inovadores.

¹³ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Final Report*, set., 2019, p. 67-68. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 14 set. 2020.

¹⁴ Cf. e.g.: DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE. *Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados* (Documento de Trabalho nº 05). Brasília: ago., 2020, p. 64-98. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisao-dosrelatoriosespecializados.pdf. Acesso em: 14 set. 2020; BRICS. *BRICS in the Digital Economy: competition policy in practice* (1st report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy), set., 2019. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf. Acesso em: 14 set. 2020; COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. *Online Platforms and Digital Advertising* (Market study final report), jul., 2020, p. 201-308. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

¹⁵ Ver, e.g.: COMMISSION ‘COMPETITION LAW 4.0’. *A New Competition Framework for the Digital Economy*. Berlim: Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (BMWi), set., 2019, p. 31-32.

Nesse distinto contexto, a publicidade, sobretudo online, pode constituir arma hábil a facilitar a entrada e permitir o confronto concorrencial de startups anunciantes com firmas dominantes. É dessa arma que carecem empresas que pretendem introduzir no mercado inovações – sejam incrementais ou disruptivas. Em alguns mercados, os entrantes enfrentam dificuldades até conseguirem efetivamente ofertar algum nível razoável de pressão competitiva aos incumbentes por meio do desvio da demanda ou da criação de nova demanda. Dois aspectos concorrenciais podem ser assinalados quanto à interação entre ofertante e demandante através publicidade: um diz respeito à construção da fidelidade; o outro se refere a eventual comportamento do consumidor que sugira “desconfiança” em relação à nova empresa.

No que se refere à fidelidade, a publicidade cumpre uma dupla função: possibilita desafio à fidelidade do consumidor aos ofertantes incumbentes e ajuda na criação e alimentação da fidelidade do consumidor ao ofertante entrante. Sobre a desconstrução de elemento de desconfiança do consumidor quanto ao novo ofertante, deve-se assinalar que, à medida que conhecem mais sobre a nova empresa, o novo produto e os benefícios decorrentes, os consumidores tendem a manifestar menos resistência. Potenciais clientes, nesse passo, podem ser atraídos a testar aquela inovação para aferir se as vantagens comunicadas na publicidade são, de fato, efetivas.

Assim, a publicidade para empresas entrantes inovadoras tem o condão de estabelecer um diálogo com o consumidor a fim de convencê-lo a optar pela nova oferta, em razão das vantagens que acarreta para ele, consumidor. Confere-se, nesse contexto, insumos à decisão autônoma do consumidor. Um consumidor com mais elementos de informação e mais autonomia decisória é sujeito que contribui ativamente no incremento dos níveis de concorrência. Concorrentes têm de buscar convencer esse consumidor bem informado de que seus produtos são mais interessantes e trazem mais vantagens do que os da concorrência.

Ocorre que, para se tornarem inovadoras e capazes de atrair o consumidor, as empresas precisam enfrentar investimentos em tecnologia que não são insignificantes. A publicidade também contribui para a

diluição de investimentos em tecnologia de pequenas empresas de perfil inovador. É o que se discutirá na próxima seção.

3. Publicidade e investimentos em tecnologia: por que a publicidade é fundamental para diluir custos fixos?

Empresas que têm na tecnologia sua ferramenta de diferenciação competitiva precisam, por óbvio, manter altos investimentos em tecnologia. Os investimentos em profissionais de tecnologia da informação e em programas de computador, por exemplo, não são triviais e impactam significativamente a estrutura de custos das empresas.

Lançando-se mão de um breve exame de um segmento específico, o mercado de prestadores de serviços de contabilidade permite entender bem por que um modelo de negócios baseado em elevados investimentos em tecnologia requer também elevados gastos com publicidade. A escolha por esse mercado se justifica por se tratar de um setor onde ainda convivem os dois tipos de empresas: aquelas pouco informatizadas e aquelas que investem pesadamente em tecnologia.

Tivemos acesso aos dados de uma das empresas pioneiras no modelo de contabilidade on-line. Comparando-se com a média do mercado, constatamos que, em relação ao total de vínculos, ela emprega cerca da metade de profissionais da área de contabilidade. Em compensação, emprega proporcionalmente cerca de vinte vezes mais profissionais da área de informática. Os investimentos também eram substancialmente mais elevados. Como proporção do faturamento, o investimento era cerca do triplo daquele observado pela média das empresas do setor.

Pode-se associar os gastos com investimento e com pessoal de informática a custos fixos: trata-se de gastos que não variam de acordo com a produção da empresa. Já as despesas com contadores podem ser associadas a custos variáveis, pois tendem a crescer com o número de clientes.

O modelo de negócios intensivo em tecnologia implica, portanto, elevados custos fixos e baixos custos variáveis. Custo variável baixo, por sua vez, implica custo marginal baixo, ou seja, o custo para a

empresa atender um cliente adicional também deverá ser pequeno. No caso específico de contabilidade, o custo marginal pode ser mensurado pelo número de horas que um contador precisa se dedicar a um novo cliente. Considerando os parâmetros médios do setor, esse custo é pouco superior a cinco horas de um contador. Já em uma empresa que investe pesadamente em tecnologia, esse custo recai para menos de uma hora.

Por se tratar de um setor bastante competitivo, esse ganho de produtividade é repassado para o preço, que chega a cair mais de 80%. Em números, enquanto as empresas de contabilidade on-line usualmente cobram a partir de R\$ 100,00 mensais por cliente, os escritórios tradicionais costumam cobrar a partir de R\$ 500,00.

Em resumo, a empresa que investe pesadamente em tecnologia tende a ter custos fixos altos e custo marginal baixo. Esse modelo somente será viável se a base de clientes for grande, pois, dessa forma, será possível diluir os elevados custos fixos. Por outro lado, o fato de o custo marginal ser baixo implica que a expansão da base de clientes também terá custo relativamente baixo.

Observe-se, contudo, que o fato de ser possível expandir a base de clientes (devido ao baixo custo marginal) e a necessidade de fazê-lo (para diluir os custos fixos) não implica que a empresa irá conseguir conquistar o volume necessário de clientes para viabilizar o negócio. Para tanto, a publicidade é fundamental. Ao tornar a empresa conhecida e mostrar a economia potencial que pode proporcionar aos seus clientes, será possível atrair uma clientela em volume tal que permita gerar os ganhos de escala necessários para viabilizar o negócio.

Verificando-se a centralidade da publicidade para (i) diluir custos fixos de empresas entrantes de caráter inovador, (ii) viabilizar investimentos em tecnologia por parte dessas companhias e (iii) permitir o surgimento e o desenvolvimento de novos modelos de negócios, cabe indagar se, à luz da LDC, restrições à publicidade podem ser entendidas como infrações concorrenciais. Esse é o tema da próxima seção.

4. Publicidade e antitruste: por que restrições à publicidade são restrições CONCORRENCIAIS?

Normas infralegais que restringem publicidade são restrições concorrenciais que devem ser investigadas e eventualmente sancionadas pela autoridade antitruste. Três aspectos merecem ser pontuados nesse sentido.

4.1 Ausência de imunidade antitruste

Não há imunidade antitruste para normas infralegais restritivas da concorrência. Se há restrição concorrenciais veiculada sem autorização legal expressa, tem-se potencial infração concorrenciais passível de investigação antitruste. Uma norma infralegal que restringe a publicidade tem o potencial de ser restritiva da concorrência. Assim, deve-se aplicar a LDC, pois se está diante de uma infração da ordem econômica. Vejamos um exemplo.

O Código de Ética Profissional do Contador¹⁶ traz dispositivos restritivos da publicidade. Três deles podem ser mencionados: um dos dispositivos veda a publicidade “mercantilizada” (art. 11)¹⁷; outro estabelece que a publicidade deve ser “moderada e discreta” (art. 12)¹⁸; e outro proíbe publicidade que “denigra [sic] a reputação da ciência contábil, da profissão ou dos colegas” (art. 15)¹⁹.

¹⁶ Norma Brasileira de Contabilidade, NBC PG 01, de 7 de fevereiro de 2019.

¹⁷ “11.A publicidade, em qualquer modalidade ou veículo de comunicação, dos serviços contábeis, deve primar pela sua natureza técnica e científica, sendo vedada a prática da mercantilização”.

¹⁸ “12.A publicidade dos serviços contábeis deve ter caráter meramente informativo, ser moderada e discreta”.

¹⁹ “15. É vedado efetuar ações publicitárias ou manifestações que denigram a reputação da ciência contábil, da profissão ou dos colegas, entre as quais: (a) fazer afirmações desproporcionais sobre os serviços que oferece, sua capacitação ou sobre a experiência que possui; (b) fazer comparações depreciativas entre o seu trabalho e o de outros; e (c) desenvolver ações comerciais que iludam a boa-fé de terceiros”. Há investigação em curso no Cade a respeito da NBC PG 01 (Inquérito Administrativo nº 08700.006673/2015-82). A Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia

Quanto ao art. 11, caberia indagar o que seria publicidade “não mercantilizada”. Se a publicidade tem como funções comunicar e informar acerca do produto comercializado, induzir a compra e instigar a fidelidade dos consumidores, é difícil cogitar material publicitário que não traduza algum nível de preocupação mercantil²⁰. Quanto ao art. 12, igualmente se trata de norma vaga que pode fundamentar arbitrariedades. Em ambiente de concorrência, o anunciante buscará, via publicidade, chamar a atenção do consumidor. No entanto, poderá ter sua capacidade de atrair clientes coibida, pois a publicidade pode ser considerada “imoderada” e “indiscreta”, sem parâmetros objetivos. Quanto ao art. 15, intenta-se proibir a publicidade comparativa, em que se busca confrontar produtos semelhantes, que disputam o mesmo espaço de mercado. A publicidade comparativa é “fruto da acirrada disputa do mercado consumidor pelos anunciantes”²¹. Sem a publicidade comparativa, arrefecem-se os instrumentos de disputa de mercado à disposição dos competidores.

Percebe-se, logo, o caráter restritivo à publicidade decorrente dessas disposições. A despeito disso, nenhuma norma legal autoriza atividade normativa infralegal limitadora da publicidade na atividade econômica em análise²². Não havendo determinação legal expressa e

da Concorrência (SEPRAC) do Ministério da Fazenda - atual Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE), do Ministério da Economia - expressou publicamente sua preocupação quanto a normas restritivas da publicidade, tendo reiterado o entendimento no seu recente guia: SECRETARIA DE ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E COMPETITIVIDADE. *Guia de Advocacia da Concorrência*. Brasília: 2020, p. 21. Os autores assessoram a representante no citado inquérito perante o Cade.

²⁰ Cf. PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 126.

²¹ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Publicidade Comparativa*, op. cit., p. 127.

²² No caso do setor contábil, o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, que define as atribuições dos conselhos de contabilidade, não estabelece qualquer restrição à publicidade. Pelo contrário, no art. 20, preveem-se sanções aos que anunciam serviços contábeis sem o registro de contador. Disso se extrai que, uma vez registrado como contador, a este profissional são lícitos “anúncios, placas, cartões comerciais, ou outros meios”: “Art. 20. Todo aquele que, mediante anúncios, placas, cartões comerciais, ou outros meios, se propuser ao exercício da profissão de

constatando-se o teor anti-publicidade de normas infralegais, está-se diante de possível infração concorrencial. O caminho que se afigura para alteração desse quadro seria o da mudança das leis que regem as atividades econômicas específicas (no exemplo citado, as atividades contábeis), de modo a que se permitisse expressamente as restrições à publicidade. Considerando a especificidade de uma disposição sobre publicidade para determinados segmentos econômicos, de certo seria anacrônico cogitar, à luz da LDC, um “controle de concorrencialidade” para declarar concorrencialmente ilegal um dispositivo lei. Nesse caso, entretanto, caberia a atuação da SEAE e do Cade (notadamente através do Departamento de Estudos Econômicos – DEE) arrazoando acerca da impertinência de dispositivo legal com evidente teor anticompetitivo.

Diante de práticas – inclusive, atividades normativas infralegais – que contrariem o princípio da livre concorrência e normas da LDC, não cabe presunção de imunidade, devendo ser acionada a autoridade anti-truste. Essa reação investigatória e potencialmente punitiva por parte do Cade somente pode ser afastada se houver uma força legal que desobrigue, de modo expresse, a aplicação da LDC. A autorização legal que permite uma restrição concorrencial deve ser categórica. Por exemplo, a Lei da Propriedade Industrial (LPI)²³ não deixa dúvidas de que houve uma decisão legislativa de limitar a concorrência durante o período em que o autor do invento industrial fruir da exclusividade. A livre concorrência goza de prestígio normativo na ordem constitucional de 1988, possuindo intrínseca relação com a livre iniciativa, fundamento da República e da

contabilista, em qualquer de seus ramos, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado”. O Decreto-Lei nº 1.040, de 21 de outubro de 1969, tampouco permite restrição infralegal da publicidade. Tal norma atribui ao Conselho Federal de Contabilidade a competência para elaboração de Código de Ética. Isso não significa, todavia, que as disposições do Código de Ética podem contrariar disposições legais. Restrições à publicidade, ao serem contrárias à livre concorrência, conflitam com a LDC e só podem ser admitidas mediante autorização cabal contida em lei.

²³ Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

ordem econômica²⁴. Uma norma legal que restringe a livre concorrência precisa ser expressa nesse sentido, para que reste clara a decisão do legislador infraconstitucional em relativizar princípio constitucional dessa magnitude. Ainda assim, o questionamento sobre a constitucionalidade de uma norma limitadora da concorrência seria possível.

Dessa forma, as restrições à publicidade, caso não contem com categórica autorização legal, devem ser escrutinizadas. Em outras palavras, não havendo autorização legal expressa que constitua imunidade antitruste, devem ser investigadas e, se for o caso, sancionadas as limitações infralegais à publicidade. Questão que se coloca é: como enquadrar, à luz da LDC, essas limitações?

4.2 Enquadramento legal

Não havendo imunidade antitruste, restrições à publicidade podem ser enquadradas como infrações da ordem econômica, nos termos da LDC. A potencialidade de limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa é evidente, prejudicando-se, especialmente, entrantes que investem em diferenciação competitiva e facilitando a manutenção das posições de mercado dos incumbentes. Os efeitos indesejados do art. 36, *caput*, da LDC, podem ser potencialmente observados.

Restrições como as examinadas usualmente partem de entidades associativas e profissionais²⁵. Nessas entidades, os riscos de práticas anticompetitivas se manifestam, sobretudo, a partir de preocupações horizontais: tanto clássicos arranjos que utilizam associações e sindicatos patronais como fachada de cartéis, quanto condutas menos agressivas, mas

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 201-216; BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. *A Concorrência Livre na Constituição de 1988*. In: ADEODATO, João Maurício Adeodato; BITTAR, Eduardo (Org.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito*: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 449-468.

²⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Guia para Avaliação de Concorrência* – Diretrizes. 2017, v2, p. 63-64.

também graves, como trocas de informações sensíveis e influência à adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes.

Ao instituir uma norma que limita as possibilidades de competição (como normas restritivas da publicidade), reduz-se o estímulo à rivalidade e à diferenciação, favorecendo condutas uniformes, conforme o art. 36, § 3º, II.

Ao mesmo tempo, retirar a publicidade implica reduzir as armas à disposição de entrantes, maculando o *level playing field* e resultando em limitação do acesso ao mercado e dificuldades artificialmente criadas à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de concorrentes, como estabelece o art. 36, § 3º, III e IV.

Como elucidado na seção 2, acima, a publicidade possibilita o enfrentamento dos custos fixos pertinentes aos investimentos em tecnologia. Logo, obstar estratégias publicitárias significa dificultar o acesso a tecnologia: se a publicidade é condição para ampliar a base de clientes e financiar o desenvolvimento de softwares e a contratação de pessoal especializado em tecnologia da informação, tolher a liberdade publicitária inviabiliza, na prática, o racional econômico do investimento em tecnologia, sugerindo a observância do art. 36, § 3º, V.

Ademais, diante da criação de normas infralegais cerceadoras das práticas publicitárias, deve-se atentar para o risco de regulação indevida de mercados, o que pode favorecer os incumbentes (que eventualmente dominam associações ou conselhos profissionais responsáveis pela elaboração dessas normas) e dificultar investimentos em tecnologia e novos produtos, serviços e modelos de negócio. Nessa lógica, pode-se aplicar a hipótese do art. 36, § 3º, VIII.

Desse modo, normas limitadoras da liberdade publicitária podem ser entendidas como comportamentos potencialmente enquadráveis como infrações da ordem econômica, nos termos da LDC. Por fim, de modo a afastar dúvidas sobre a potencialidade anticompetitiva das normas examinadas, vale refletir sobre os efeitos provocados.

4.3 Efeitos anticompetitivos

Ausente qualquer forma de imunidade antitruste e reconhecendo-se a possibilidade de enquadramento nas hipóteses de infração concorrencial da LDC, nota-se que efeitos anticompetitivos são potencialmente provocados por normas restritivas da publicidade sem que se observe, em contrapartida, qualquer tipo de eficiência econômica.

Inicialmente, vale uma breve observação sobre poder de mercado. As entidades profissionais que elaboram normas restritivas da publicidade são usualmente responsáveis (i) pela autorização para o exercício da profissão, (ii) pela fiscalização do exercício da profissão e (iii) pelo eventual sancionamento de profissionais alegadamente desviantes. Essa competência de supervisionar, julgar e disciplinar ilustra o poder de submeter todos os associados à autoridade da entidade. Tais instituições têm o poder de exigir de todos os associados o acatamento de normas por elas elaboradas, punindo aqueles que não as cumprem. A capacidade de influenciar ou alterar as condições de mercado em um específico setor profissional é evidente. Aliás, o Cade já reconheceu que entidades profissionais, “embora não atuem diretamente na atividade econômica”, possuem poder de mercado sobre os profissionais para exigir o cumprimento dos dispositivos constantes de normas éticas²⁶.

Admitindo o poder de mercado de associações e conselhos profissionais para exigir o cumprimento de normas limitadoras da publicidade (que geralmente constam de estatutos éticos), é pertinente examinar os potenciais efeitos provocados pela conduta de elaborar e fazer cumprir tal disciplina restritiva. Duas perspectivas são importantes para tanto.

²⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08700.005969/2018-29*, Nota Técnica nº 12/2019, p. 7. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPS0JQQA2xbV3E4fA66za2hRyFXahr8_U7Ke-1St-DSTBI58IPUtGOrmCLFFGpUMUnNPqLw4ekVNF4kGn0b4xNfe. Acesso em: 8 set. 2020.

Primeiro, fundando-se numa perspectiva legal, parte-se dos efeitos elencados no art. 36, *caput*, LDC, para reiterar que restringir a publicidade mediante normas infralegais enseja limitação, falseamento e prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa, dado que se retira de concorrentes uma importante arma de competição e comunicação dos diferenciais competitivos. Com a retirada de uma tal ferramenta, há menos possibilidades, especialmente para entrantes, de ofertar pressão competitiva a incumbentes dominantes, facilitando a manutenção de eventual domínio de mercado e de margens de lucros não competitivas. Além disso, ao constituir normas que mitigam as potencialidades de competir dos agentes econômicos, associações profissionais abusam de sua autoridade e terminam por beneficiar agentes que já desfrutam do conforto do domínio do segmento.

Segundo, apoiando-se numa perspectiva econômico-concorrencial, pode-se afirmar que tais normas têm como consequência a redução do nível geral de concorrência no mercado em que se aplicam. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) associa propostas de limitação da liberdade publicitária a redução da capacidade de competição entre as empresas, citando, inclusive, riscos de “fixação de preços elevados”²⁷.

Como mecanismo que permite a redução das assimetrias informacionais, a publicidade passa a ser alvo de associações profissionais. As limitações à publicidade, como aponta a OCDE, “impedem muito eficazmente a divulgação de dados que se revestiriam de grande utilidade para os consumidores, perante o poder das associações profissionais para retirar aos profissionais liberais que não cumpram as regras estabelecidas os seus direitos de exercício da atividade”. Como resultado, tem-se “forte potencial para reduzir o fluxo de informação e para afetar adversamente a entrada de novas empresas, ao diminuir a sua capacidade para levar os seus produtos ao conhecimento do público”²⁸. Impedir a publicidade de

²⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Guia para Avaliação de Concorrência*, op. cit., p. 17 e 64.

²⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Guia para Avaliação de Concorrência*, op. cit., p. 62.

operar em relação ao déficit informacional conduz a relevante dano potencial.

Limitadas as possibilidades de entrar e se desenvolver no mercado, disciplinas restritivas da publicidade constituem barreiras à entrada, restando as possibilidades de entrantes acessarem consumidores, configurando bloqueio do mercado e alavancando custos de rivais. Agentes econômicos que já estão no mercado e intentam crescer, tomando espaço de mercado de agentes dominantes, tampouco dispõem da publicidade como meio de tentar desviar clientes. Ou seja, há repercussões negativas do ponto de vista da rivalidade²⁹.

Além disso, como acima pontuado, a publicidade é ferramenta negocial que viabiliza economicamente os investimentos em tecnologia. Particularmente para startups, que podem ter custos fixos não triviais com tecnologia (a exemplo dos gastos com pessoal), mas usualmente têm baixos custos marginais, dilatar a base de clientes é o método adequado para encarar os investimentos que permitirão a oferta de novos produtos, serviços ou modelos de negócio.

Ressalte-se, ainda, que redução da concorrência conduz a risco de facilitação de práticas concertadas. Sem a ameaça de concorrentes que comuniquem suas vantagens aos consumidores por meio da publicidade, o grau de competitividade dos mercados afetados pelas normas restritivas em exame é aplacado, favorecendo comportamentos uniformes dos incumbentes. Os riscos de coordenação são ainda mais acentuados pelo fato de que tais normas são ordinariamente criadas e implantadas no âmbito de entidades associativas. Autoridades antitruste de todo o mundo – o Cade igualmente – concordam que associações, sindicatos e conselhos profissionais suscitam riscos de colusão, tendo em vista as interações constantes entre concorrentes e a facilidade de punição dos desvios³⁰.

²⁹ A clássica esquematização do Cade sobre os critérios de análise de práticas restritivas da concorrência se deu em 1999, com a Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, em seu anexo II. Alguns desses elementos sintetizados pelo Cade na referida resolução serviram de base para este parágrafo e para os que seguem.

³⁰ Ver, e. g.: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Programas de Compliance*. Brasília: 2016, p. 34. Disponível em:

Dessa maneira, o expressivo potencial anticompetitivo de normas restritivas da publicidade é facilmente vislumbrável.

De outro lado, não há eficiências econômicas que corroborem uma racionalidade pró-competitiva derivada de regras anti-publicidade. A prática não é justificada por aspectos como: proteção de investimentos, redução de custos de transação, prevenção contra comportamentos oportunistas, incentivo a melhorias de qualidade ou estímulo a economias de escala ou escopo. Nenhum desses argumentos explicaria uma disciplina infralegal contrária à publicidade. Enquanto os efeitos potencialmente negativos são de simples visualização, os eventuais efeitos positivos soam inaplicáveis.

Argumentos tradicionalmente utilizados para tentar justificar as restrições dizem respeito ao receio de manipulação do consumidor. Dois aspectos podem ser pontuados. Primeiro, já há normas legais de distintas naturezas para coibir abusos (*e.g.*, no Código de Defesa do Consumidor³¹ e na LPI), além de entidade com expertise para lidar com o tema, o Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (Conar). Dessa maneira, eventuais peças publicitárias abusivas serão examinadas e coibidas, não sendo necessário um entrave *a priori* à liberdade publicitária. Segundo, conforme entendimento da OCDE, restrições à publicidade, notadamente em profissões liberais, em verdade, “têm por efeito a redução desnecessária da intensidade da concorrência, em detrimento do bem-estar dos consumidores”³². Uma hipotética preocupação com o consumidor não pode servir de pretexto para propiciar tão variados e graves efeitos concorrencialmente indesejados.

Vê-se, pois, que a elaboração e a implementação de normas restritivas da publicidade provenientes de entidades ou associações profissionais são comportamentos que geram efeitos líquidos anticompetitivos.

http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

³¹ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

³² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Guia para Avaliação de Concorrência*, op. cit., p. 60.

Em síntese, (i) não havendo imunidade antitruste outorgada expressamente por lei, (ii) enquadrando-se como infração da ordem econômica nos termos do art. 36 da LDC e (iii) produzindo efeitos líquidos negativos, restrições à publicidade são restrições concorrenciais que devem ser examinadas e, eventualmente, sancionadas pelo Cade.

5. Conclusão

Instrumento de comunicação das vantagens competitivas e redução das assimetrias de informação, a publicidade é relevante estratégia que facilita a entrada e o desenvolvimento de agentes de mercado não dominantes. Para startups, a publicidade tem particular importância: permite endereçar a consumidores o novo produto, serviço ou modelo de negócios, comunicando seus benefícios e fomentando a concorrência com os incumbentes.

A publicidade se revela essencial para a manutenção de modelos de negócio fundados em tecnologia. Esses modelos têm uma estrutura de custos diferente de setores “tradicionais”, com custos fixos proporcionalmente mais altos que os variáveis. Isso gera duas consequências: (i) é necessário ter escala para diluir os custos fixos e (ii) o custo marginal (*i.e.*, o custo para o atendimento de um cliente adicional numa plataforma, por exemplo) é baixo. Para um entrante de base tecnológica, notadamente em segmentos dominados por agentes tradicionais, a publicidade é um dos mais centrais meios de alargar a base de clientes, de modo a diluir os custos fixos. Por outro lado, como o custo marginal é baixo, as empresas têm capacidade de ofertar os serviços a esses clientes adicionais a preços baixos.

Normas infralegais restritivas da publicidade mitigam uma fundamental ferramenta competitiva. Gerando-se limitação da concorrência e criação de dificuldades à entrada e ao desenvolvimento de agentes econômicos e não havendo justificativas legais ou econômicas para tanto, normas que restringem a publicidade configuram infração da ordem econômica e, nos termos da LDC, devem ser investigadas e, diante de evidências adequadamente apreciadas em processo, reprimidas pelo Cade.

Referências bibliográficas

BAIN, Joe S. *Barriers to New Competition: their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge: Harvard University, 1956.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício Adeodato; BITTAR, Eduardo (Org.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 449-468.

BRICS. *BRICS in the Digital Economy: competition policy in practice* (1st report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy), set., 2019. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

COMMISSION ‘COMPETITION LAW 4.0’. *A New Competition Framework for the Digital Economy*. Berlin: Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (BMWi), set., 2019.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. *Online Platforms and Digital Advertising* (Market study final report), jul., 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia Programas de Compliance*. Brasília: 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE. *Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados* (Documento de Trabalho nº 05). Brasília: ago., 2020. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes->

institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5_Concorren-
ciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf.

Acesso em: 14 set. 2020.

GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou Propaganda? É isso aí! *Re-
vista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 16, dez., 2001, p. 111-121.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14.
ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

KALDOR, Nicholas. The Economic Aspects of Advertising. *The Review
of Economic Studies*, v. 18, n. 1, 1950, p. 1-27.

MENSH, Elizabeth; FREEMAN, Alan. Efficiency and Image: advertis-
ing as an antitrust issue. *Duke Law Journal*, v., 1990, p. 321-373.

MITRA, Anusree; LYNCH JR., John G. Toward a Reconciliation of Mar-
ket Power and Information Theories. *Journal of Consumer Research*, v.
21, mar. 1995, p. 644-659.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO. *Guia para Avaliação de Concorrência – Diretrizes*.
2017, v2.

PAVARINO, Rosana Nantes. *Panorama Histórico-Conceptual da Publi-
cidade*. Tese (Doutorado em Comunicação) – Universidade de Brasília,
Brasília, 2013.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. Tese
(Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHMALENSEE, Richard. *Advertising and Market Structure*. Working
Paper #1294-82, Alfred P. Sloan School of Management, Massachusetts
Institute of Technology, abr., 1982, p. 1-23. Disponível em:
[https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/46777/advertising-
marke82schm.pdf?sequence=1](https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/46777/advertising-marke82schm.pdf?sequence=1). Acesso em: 13 set. 2020.

SECRETARIA DE ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E COMPE-
TITIVIDADE. *Guia de Advocacia da Concorrência*. Brasília: 2020.

STIGLER, George J. The Economics of Information. *The Journal of Political Economy*, v. 69, n. 3, jun., 1961, p. 213-225.

STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Final Report*, set., 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 14 set. 2020.

TELSER, Lester G. Advertising and Competition. *The Journal of Political Economy*, v. LXXII, n. 6, dez., 1964, p. 537-562.