

6

ANÚNCIOS PÚBLICOS UNILATERAIS DE PREÇOS E OUTRAS CONDIÇÕES COMERCIAIS: CONSIDERAÇÕES INICIAIS E PROPOSTA DE METODOLOGIA PARA A ANÁLISE ANTITRUSTE¹

Unilateral public announcements of prices and other commercial conditions: initial considerations for antitrust analysis

Leonardo Rocha e Silva²

Pinheiro Neto Advogados (PNA) – Brasília/DF, Brasil

Amanda Athayde³

Pinheiro Neto Advogados (PNA) – Brasília/DF, Brasil e Universidade de Brasília (UnB) – Brasília/DF, Brasil

Luís Henrique Perroni Fernandes⁴

Pinheiro Neto Advogados (PNA) – São Paulo/SP, Brasil

1 Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 08/09/2023 **Aceito em:** 15/10/2024 **Publicado em:** 11/12/2024

2 É sócio do escritório Pinheiro Neto Advogados, Master of Laws (LL.M.) pela University of Warwick, bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).

E-mail: lrochaesilva@pn.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8308-496X>

3 É professora doutora adjunta na UnB de Direito Empresarial, concorrência, comércio internacional e compliance, consultora no Pinheiro Neto, doutora em Direito Comercial pela USP, bacharel em Direito pela UFGM e em administração de empresas com habilitação em comércio exterior pela UNA, ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, autora de livros, organizadora de livros e autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, comércio internacional, compliance, acordos de leniência, anticorrupção, defesa comercial e interesse público.

E-mail: aathayde@pn.com.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8557-9204>

4 É bacharel em Direito pela PUC-SP, mestre em Direito pela University of Pennsylvania Carey Law School e advogado sênior de Pinheiro Neto Advogados, com atuação nas áreas de Direito Econômico, Direito da Concorrência, Defesa Comercial e Compliance.

E-mail: lfernandes@pn.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8365-9479>

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: o artigo discute se e como os anúncios públicos de preços e outras condições comerciais (também denominados de “revelação unilateral de informações”, “divulgação unilateral de informações” ou “*price signaling*”) feitos por empresas, associações ou sindicatos podem ter efeitos anticompetitivos, influenciando a conduta dos agentes de mercado. O artigo apresenta os benefícios potenciais dos anúncios públicos, como o aumento da transparência e da eficiência do mercado. O artigo apresenta alguns casos investigados por autoridades antitruste dos Estados Unidos, da Europa, do Reino Unido e do Brasil, em que os anúncios públicos foram considerados como indícios ou evidências de condutas anticompetitivas. O artigo destaca que os anúncios públicos podem assumir diferentes formas, como entrevistas, conferências telefônicas, cartas ou comunicados de imprensa, e que podem envolver diferentes tipos de informações, como preços, ofertas, demandas ou estratégias futuras.

Objetivo: o objetivo do artigo é evidenciar que o Cade tem dado mais atenção a essa prática nos últimos anos, especialmente quando envolve empresas com posição dominante ou em setores regulados. O artigo também evidencia que o Cade tem categorizado os anúncios públicos dentro do gênero “influência à conduta comercial uniforme”, cujas três categorias seriam convite à cartelização, recomendação aos concorrentes e, justamente, a revelação unilateral de informações, objeto deste artigo. O artigo objetiva, ao final, propor uma lista de perguntas com uma possível metodologia de análise para identificar a existência (ou não) de justificativas para um anúncio público.

Método: método exploratório e jurisprudencial, analisando casos concretos de autoridades antitruste do Brasil, dos Estados Unidos, da Europa e do Reino Unido que envolveram anúncios públicos.

Conclusão: o artigo conclui que os anúncios públicos podem ter efeitos anticompetitivos ou pró-competitivos, dependendo de uma série de fatores, como a estrutura de mercado, o conteúdo, o formato e o momento do anúncio. O artigo também sugere que o Cade deve adotar uma análise de regra da razão para avaliar essa prática, e que os executivos de empresas e associações devem ser cautelosos com suas manifestações públicas.

Palavras-chave: anúncios públicos; concorrência; informações concorrencialmente sensíveis; Cade; Brasil.

STRUCTURED ABSTRACT

Background: the paper discusses whether and how public announcements of prices and other commercial conditions (also called “unilateral disclosure of information”, “unilateral disclosure of information” or “*price signaling*”) made by companies, associations or unions can have anticompetitive effects, influencing the conduct of market agents. The article presents the potential benefits of public announcements, such as increased transparency and market efficiency. The article presents some cases investigated by antitrust authorities in the United States, Europe, the United Kingdom and Brazil, in which public announcements were considered as indications or evidence of anticompetitive conduct. The article highlights that public announcements can take different forms, such as interviews, conference calls, letters, or press releases, and that they can involve different types of information, such as prices, offers, demands, or future strategies.



Objective: the goal of the article is to highlight that CADE has given more attention to this practice in recent years, especially when it involves companies with a dominant position or in regulated sectors. The article also shows that CADE has categorized public announcements within the genre “influence on uniform commercial conduct”, whose three categories would be invitation to cartelization, recommendation to competitors and, precisely, the unilateral disclosure of information, object of this article. The article also aims at the end, to propose a list of questions with a possible analysis methodology to identify the existence (or not) of justifications for a public announcement.

Method: exploratory and jurisprudential method, analyzing concrete cases of antitrust authorities in Brazil, the United States and Europe that involved public announcements.

Conclusion: the article concludes that public announcements can have anti-competitive or pro-competitive effects, depending on several factors, such as the market structure, content, format, and *timing* of the announcement. The article also suggests that CADE should adopt a rule-of-reason analysis to evaluate this conduct, and that executives of companies and associations should be cautious with their public statements.

Keywords: public announcements; competition; competitively sensitive information; Cade; Brazil.

Classificação JEL: K21; K33.

Sumário: 1. Introdução; 2. Teoria do dano aplicável à prática de anúncios públicos; 3. Posicionamento de autoridades estrangeiras em relação a anúncios públicos de preços e outras condições comerciais: Estados Unidos e União Europeia; 4. Investigações do Cade em relação a anúncios públicos; 5. Proposta de *checklist* prático para análise prévia do risco envolvido na realização de anúncios públicos; 6. Proposta de metodologia de análise e considerações finais; Referências.

I INTRODUÇÃO

Quatro frases publicadas em jornais brasileiros, em 28.11.2023, 10.5.2023, 10.3.2023, e em 16.2.2021, foram mencionadas nas notas técnicas produzidas pela Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) para justificar investigações para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529/2011, em razão da prática de “anúncios públicos” unilaterais de preços e outras condições comerciais (também denominados de “revelação unilateral de informações”, “divulgação unilateral de informações” ou “*price signaling*”). São elas:

Fizemos um movimento agora de reajuste de preços de venda e vamos fazer [mais] um no começo do ano para de fato suportar esse aumento, com racionalidade de ofertas para crescimento mais sustentável. [...] A racionalização só vai acontecer se todos vierem (Claro).⁵⁻⁶

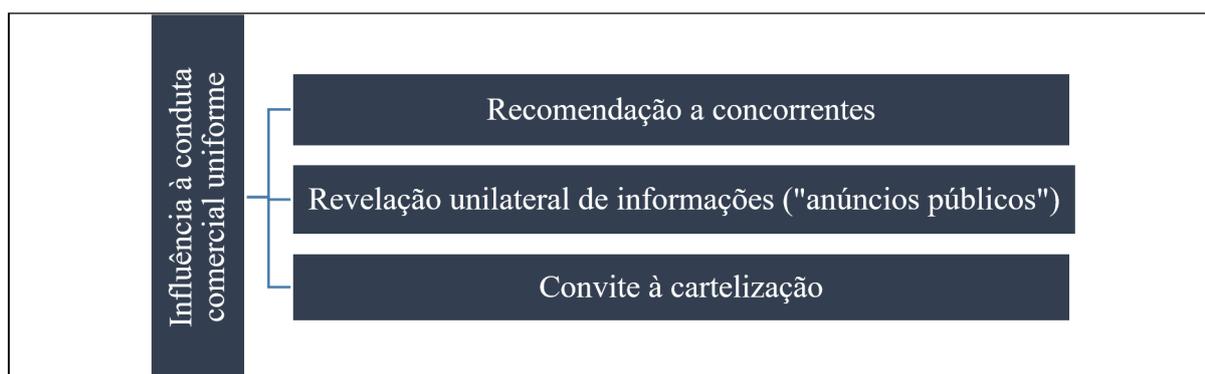
5 Todos os processos públicos do Cade mencionados neste artigo podem ser consultados na página <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.

6 CADE. Procedimento Preparatório 08700.008524/2023-68. Em instrução (set/2024).

Vivo promove reajuste no pré-pago e espera que mercado siga a tendência (Vivo).⁷
Latam não vai reduzir preço para ganhar fatia do mercado (Latam).⁸
O preço da gasolina aumentará mais R\$ 0,10 no DF a partir desta terça-feira (Sindicombustíveis).⁹

Os “anúncios públicos”, objeto central deste artigo, vêm sendo categorizados pelo Cade¹⁰ como uma das espécies do gênero “influência à conduta comercial uniforme”, juntamente com a recomendação aos concorrentes¹¹ e com o convite à cartelização¹², como indicado na imagem:

Imagem 1 – Influência à conduta comercial uniforme, recomendação aos concorrentes, revelação unilateral de informações e convite à cartelização



Fonte: elaboração própria.

Este artigo tem por objetivo apresentar textos doutrinários, decisões de autoridades estrangeiras e de investigações do Cade que fazem referência a esta prática, para expor considerações sobre a análise antitruste de anúncios públicos. Para além deste Capítulo 1 de introdução, o Capítulo 2 apresenta a teoria do dano aplicável à prática de anúncios públicos. O Capítulo 3 traz um mapeamento

7 CADE. Inquérito Administrativo 08700.003498/2023-81. Em instrução (set/2024).

8 CADE. Procedimento Preparatório 08700.001819/2023-11. Arquivado SG/Cade.

9 CADE. Processo Administrativo 08700.000899/2021-18. Em instrução (set/2024).

10 CADE. Processo Administrativo 08700.005438/2021-31. Representados: Gilvan Celso Cavalcanti de Moraes Sobrinho e Miriri Alimentos e Bioenergia S/A.

11 Idem. “No que diz respeito à recomendação aos concorrentes, a primeira forma de prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme, é importante esclarecer que esse ato pode se manifestar através de diretrizes, sugestões, recomendações ou imposições, com o objetivo de orientar outros agentes econômicos que atuam no mesmo mercado a adotarem uma conduta comercial alinhada com a orientação fornecida. É válido ressaltar que a intenção por trás dessas recomendações é influenciar a decisão dos agentes econômicos, levando-os a adotar parâmetros estabelecidos, ao invés de tomar decisões independentes. “[...] constituem exemplos de práticas anticompetitivas adotadas sob a forma de recomendações a concorrentes: tabelas de preços; orientações sobre concessões de descontos; orientações de reajuste de preços; adoção de preços únicos feitas unilateralmente e impositivamente por órgãos classistas ou representativos de setores econômicos, como associações, sindicatos, federações e confederações.”

12 Idem. “Por fim, tem-se o convite à cartelização também como uma das formas de prática da infração à ordem econômica de influência à adoção de conduta comercial uniforme. Em linhas gerais, o agente, a partir de um “convite”, busca explicitamente estabelecer um acordo coordenado entre os concorrentes, com o objetivo de restringir a concorrência e obter vantagens indevidas em determinado mercado.

Entretanto, não se trata de cartel. Aliás, o elemento que diferencia o convite do cartel é o limite entre a aceitação ou recusa por parte do agente convidado. No entanto, é importante ressaltar que a investigação da conduta não depende necessariamente da aceitação do convite, uma vez que o próprio ato de convidar já é ilegal por si só.”

de como essa prática foi abordada em precedentes nos Estados Unidos e na Europa. O Capítulo 4 apresenta um mapeamento de como essa prática foi abordada em casos tratados pelo Cade. É com base nessa análise que no Capítulo 5 apresenta-se uma proposta de *checklist* de perguntas a serem respondidas pelos executivos antes dos anúncios públicos, com recomendações para executivos de empresas, empresas, associações e sindicatos preocupados em respeitar os termos da Lei nº 12.529/2011 em suas manifestações públicas, para evitar investigações desnecessárias. Ao final, no Capítulo 6, argumenta-se que essa prática deve ser analisada pela regra da razão, propondo-se a avaliação de justificativas possíveis para a sua implementação.

2 TEORIA DO DANO APLICÁVEL À PRÁTICA DE ANÚNCIOS PÚBLICOS

A revelação unilateral de informações comercialmente sensíveis pode ser pró-competitiva e benéfica aos consumidores, por aumentar a transparência entre firmas que atuam no mesmo mercado e favorecer a tomada de decisões de compra pelos consumidores.¹³ A divulgação de informações sobre variáveis econômicas relacionadas ao desempenho de empresas pode desempenhar papel fundamental na redução da assimetria de informações entre os agentes (Cade, 2018, p. 56).¹⁴ Essa prática pode promover a transparência e, conseqüentemente, aprimorar a eficiência dos agentes econômicos, podendo ser considerada benéfica ao processo competitivo. A divulgação pública de tais variáveis econômicas tende a ser preferível em comparação com comunicações privadas entre empresas concorrentes,¹⁵ na medida em que, se disponível ao grande público, não configuraria vantagem competitiva restrita àqueles que eventualmente participassem do ambiente da divulgação e reduziria, em tese, a propensão ao seu uso para fins colusivos.

Segundo Duquesne e Brosse (2023), os anúncios públicos funcionariam como um barômetro, informando tanto fornecedores quanto consumidores sobre as modificações que poderiam ser esperadas nas condições de mercado, melhorando, assim, a sua eficiência. Os autores argumentam que os consumidores se beneficiam dos anúncios públicos e têm incentivos para apoiá-los. Por exemplo, mesmo quando não recebem bem os aumentos de preços anunciados publicamente, os

13 CADE. Procedimento Preparatório 08700.000416/2020-02. para. 13.

14 “Assimetria de informação: desequilíbrio no acesso à informação entre dois agentes que transacionam entre si. Tal desequilíbrio pode gerar falhas e ineficiência na alocação de recursos no mercado”. A redução de assimetria de informações entre os agentes econômicos já foi utilizada como fundamento para a celebração de TCCs, por exemplo: Requerimento de TCC nº 08700.003425/2020-47 (apartado de acesso restrito nº 08700.003426/2020-91), proponente: Banco Bradesco S.A. “45. O que se pretende com a obrigação de fazer que consta na proposta de Termo de Compromisso de Cessação ora em análise é incrementar a rivalidade no setor, mitigando os efeitos de lock-in, uma vez que o compartilhamento de dados de um grupo de usuários que possui interesse, e que consentiu expressamente para tanto, será facilitado. Em outras palavras, a facilitação do trânsito de dados é também importante para mitigar uma característica estrutural do mercado bancário: a heterogeneidade da assimetria de informações entre os diversos agentes que participam do mercado relativamente aos próprios clientes e aos clientes de concorrentes. Conforme trecho do voto do conselheiro César Matos citado acima, apenas o banco em que um correntista detém conta possui o histórico bancário de tal correntista. Nesse sentido, tal banco está em vantagem em relação aos seus concorrentes, uma vez que os últimos não possuem os dados de tal histórico bancário, que permitiria uma redução da assimetria de informações. 46. Num cenário anterior à circulação de dados, portanto, o poder de mercado fica concentrado nos domicílios bancários de origem dos consumidores. Com a circulação de dados, pela redução das assimetrias de informação e maior possibilidade de troca de fornecedores, criam-se possibilidades para melhores serviços, redução de preços e aumento de quantidade. Isso porque maior equilíbrio das condições concorrenciais representa maiores incentivos para uma rivalidade efetiva.”

15 “It is generally accepted that ‘private’ announcements, which are directed to competitors only, do not have efficiency benefits and can only be motivated by the intention to help rivals to co-ordinate on a particular collusive price. Conversely, public announcements, which are directed to both rival firms and consumers, may provide significant benefits to customers. This positive effect is generally considered stronger than the collusive effects of the announcements” (OCDE, 2012, p. 12).

consumidores se beneficiariam ao saber que a oferta está prestes a se tornar insuficiente para satisfazer toda a demanda (ex. os consumidores poderiam obter os produtos por um canal diferente, acessando importações). Ademais, essa informação ajudaria concorrentes a ajustar melhor a produção ou mais cedo do que se tal informação estivesse disponível apenas mais tarde. Por sua vez, os fornecedores também se beneficiariam dos anúncios públicos e teriam incentivo para apoiá-los. Para Duquesne e Brosse (2023), se o mercado relevante é caracterizado por flutuações significativas de curto prazo e dificuldades para todos os fornecedores em antecipar as mudanças nas condições de mercado com precisão, ao aumentar a transparência durante períodos de escassez, os anúncios públicos melhorariam a capacidade dos fornecedores de estabelecer um preço (mais alto) que reflete melhor a escassez do mercado, o que ajudaria os fornecedores a recuperar seus investimentos de forma mais eficiente. Assim, haveria efeitos pró-competitivos com a divulgação de informações para consumidores, concorrentes e fornecedores.

Por outro lado, a divulgação pública de informações sobre preços e condições comerciais pode ter, em tese, efeitos perniciosos à concorrência. O aumento da transparência também pode facilitar práticas colusivas ou propiciar às empresas um ponto focal em torno do qual é possível alinhar seus comportamentos.¹⁶ Ou seja, o aumento da transparência pode influenciar a adoção de práticas comerciais uniformes ou aumentar a probabilidade de conluio entre os participantes de um mercado. De acordo com Harrington Jr. (2022), acordos entre concorrentes podem ser concebidos por meio de anúncios públicos. Segundo ele, uma vez que não envolveria um acordo expresso, o anúncio público poderia ser justificado de maneira mais genérica (ex. o anúncio se destinaria aos participantes do mercado, não aos concorrentes) e não seria viabilizado por comunicações entre concorrentes, mas tão somente de modo unilateral e individual pela empresa, associação ou sindicato (sem o arranjo típico de uma colusão), sem a existência de provas de um acordo.

Harrington Jr. (2022) classifica os anúncios públicos em três tipos: (a) anúncios públicos que descrevem como as condutas futuras do anunciante estão condicionadas a um comportamento específico de seus concorrentes; (b) anúncios públicos que sugerem como os concorrentes do anunciante, ou o mercado como um todo, deve(m) se comportar – classificação esta que se assemelha àquela tratada, na jurisprudência brasileira, como recomendação a concorrentes; e (c) anúncios públicos que projetam condutas futuras de concorrentes ou do mercado de uma maneira geral – classificação esta que pode se assemelhar àquela tratada, na jurisprudência brasileira, como convite a cartelizar. Independentemente da natureza do anúncio público, tratar-se-ia, segundo o autor, de uma modalidade de coordenação simplificada, diferente de mecanismos mais conhecidos de operacionalização de cartel com comunicação direta entre concorrentes -- que está atraindo a atenção das autoridades, como aqueles arranjos que envolvem até mesmo inteligência artificial, por exemplo. Cotejando a proposta de Harrington Jr. com as categorias propostas pelo Cade¹⁷, temos:

16 CADE. Procedimento Preparatório 08700.000416/2020-02. para. 13.

17 CADE. Processo Administrativo nº 08700.005438/2021-31. Representados: Gilvan Celso Cavalcanti de Moraes Sobrinho e Miriri Alimentos e Bioenergia S/A.



Quadro 1 – Tipos de Anúncios Públicos de acordo com Harrington Jr cotejado com as categorias definidas pelo Cade

Categorias Harrington Jr	Categorias do Cade
Anúncios públicos sobre condutas futuras do anunciante, condicionadas a comportamento de concorrentes/mercado	Anúncios públicos unilaterais Convite a cartelizar
Anúncios públicos com sugestão de como os concorrentes de mercado devem se comportar	Recomendação a concorrentes
Anúncios públicos com projeção de condutas futuras de concorrentes/mercado	Anúncios públicos unilaterais

Fonte: elaboração própria.

Kovacic, Marshal e Meurer (2023) sugerem que diversos elos de relações podem viabilizar arranjos colusivos entre empresas, passando despercebidos pelas autoridades antitruste, ainda que um conluio possa ser mais estável e mais frequente quando um conjunto de empresas estejam vinculados de várias maneiras e envolvidas em comunicações diretas constantes. Dentre esses elos, um chama atenção: a existência de um terceiro (associação ou sindicato) que divulga informações dos membros, inclusive sobre variáveis concorrencialmente sensíveis. Trata-se, como se sabe, de uma figura tradicional de preocupação do Cade na prática de condutas de influência à conduta comercial uniforme, vide Brasil (2009), Fiesp (2023) e Athayde, Silva e Fernandes (2024).

Portanto, o principal risco concorrencial tende a ser o de que anúncios públicos levem à homogeneização das condições comerciais de venda de produtos e serviços no mercado. Isso ocorreria devido à capacidade desses anúncios de desempenhar, em tese, um papel de “formador de preços” ou de outras condições comerciais, estabelecendo padrões e diretrizes a serem seguidos pelos agentes de mercado. Essas diretrizes poderiam abranger questões como ajustes de preços, uniformização de descontos e repasse de variações monetárias, dentre outras. O dano à concorrência estaria justamente na implementação de estratégias comerciais semelhantes e não determinadas de forma independente pelos agentes atuando no mesmo mercado relevante.

Em síntese, a teoria do dano seria a seguinte: agentes econômicos, em especial em mercados mais concentrados, ao realizarem anúncios públicos sobre preços ou outras condições comerciais, passariam a sinalizar publicamente um maior ou menor apetite competitivo. Se a base de um mercado competitivo é a incerteza destes agentes no mercado, o anúncio público reduziria essa incerteza, tornando mais transparentes as estratégias atuais e futuras dos agentes econômicos e permitindo a adoção de comportamentos coordenados, sem a necessidade de acordos tácitos entre os concorrentes.

Assim, para a OCDE (2012), a revelação unilateral de informações é encarada como “prática facilitadora” para permitir às empresas alcançar os resultados estáveis de uma colusão sem incorrer na formação de um cartel explícito. Dois temas principais estiveram sob discussão nos debates entre as autoridades antitruste do mundo: (i) como aplicar à revelação unilateral de informações a noção de acordo anticompetitivo; e (ii) como distinguir práticas legítimas, como o anúncio de preços ao mercado, de outras que ofereçam aos rivais um ponto focal para facilitar a colusão.

Nesse contexto, vale examinar como autoridades estrangeiras já enfrentaram esse tema.

3 POSICIONAMENTO DE AUTORIDADES ESTRANGEIRAS EM RELAÇÃO A ANÚNCIOS PÚBLICOS DE PREÇOS E OUTRAS CONDIÇÕES COMERCIAIS: ESTADOS UNIDOS E UNIÃO EUROPEIA

Em comunicado específico publicado pelo Federal Trade Commission (FTC) (2022), foi reconhecido que práticas que facilitam a coordenação tácita, dentre as quais informações os anúncios públicos, violam o espírito das leis antitruste norte-americanas e podem causar danos, devendo ser vistas como *unfair methods of competition in or affecting commerce*, nos termos da Seção 5 do FTC Act. A menção a esta conduta especificamente, dentre algumas outras, deixa claro que está no radar do FTC e pode entrar para a agenda de prioridades da autoridade antitruste para os próximos anos.

Segundo estudo conduzido pela OCDE (2012), que reúne a experiência de autoridades de concorrência em mais de 20 países a respeito da prática de convite à colusão, com a indicação de casos de destaques, discussões relevantes e avaliação do estágio de amadurecimento e pontos de atenção, a maioria das investigações que abordaram anúncios públicos do FTC foi encerrada em acordo e/ou com a assunção de compromissos formais de cessação de prática tendo em vista seu potencial lesivo (*consent decree*). Ainda assim, é interessante observar que houve investigações concretas e aprofundadas, considerando que anúncios públicos foram compreendidos como um convite entre concorrentes para colusão.

Em 2010, o FTC investigou as estratégias comerciais que estavam sendo adotadas na indústria de aluguel de caminhões nos Estados Unidos, mais especificamente no mercado de aluguel de caminhões para trechos únicos (*one-way truck rentals*). As duas maiores empresas do mercado, no início dos anos 2000, eram U-Haul e Budget, que detinham, respectivamente, 54% e 15% do mercado. A competição neste mercado era – e ainda é, segundo Joseph E. Harrington Jr. – por preços. Esse contexto é importante para a completa compreensão dos fatos, assim como a existência de memorandos internos enviados pelo CEO da U-Haul, Edward Joe Shoen, aos seus funcionários, em que se fazia referência aos preços praticados pela Budget.

Em conferência telefônica pública ao mercado (*earnings call*), em fevereiro de 2018, o CEO da U-Haul comentou abertamente que o mercado estava praticando preços baixos e que U-Haul estava se esforçando para ocupar a posição de líder de mercado, “tentando forçar preços”. Tendo em vista que, pela regra geral, a precificação é feita pelas empresas de maneira unilateral, a leitura que se fez à época foi que, por “tentando forçar preços”, o CEO da U-Haul estaria se referindo à tentativa de U-Haul de induzir Budget a aumentar os seus preços, tendo em vista que à época a percepção de U-Haul era que os preços de Budget estavam excessivamente baixos. O CEO complementou, dizendo que U-Haul seria paciente com relação à observação do comportamento da Budget frente ao aumento de preços pretendido por U-Haul e que, caso começasse a afetar a participação de mercado da empresa, a U-Haul iria responder. O FTC concluiu que a estratégia de negócios adotada pela U-Haul no mercado de aluguel de caminhões, que envolvia o aumento de preços, a promoção do aumento de preços por parte de seus concorrentes e a ameaça de reduzir seus próprios preços caso os concorrentes não seguissem a mesma estratégia, tinha o potencial de reduzir o nível de competição no setor. Por esse motivo, a ação foi interpretada como um convite da U-Haul para a Budget para que ambas as empresas coordenassem suas atividades, e o FTC entendeu que a prática estava enquadrada na Seção 5 da legislação antitruste dos Estados Unidos.



Em outro caso investigado pelo FTC, em 2006, desta vez no mercado de publicidade de anúncios em jornais, havia também uma forte competição entre as empresas News America e Valassis Communications. No início dos anos 2000, ambas cobravam o valor de US\$ 6,20 para anúncios de página inteira, a cada mil impressões do jornal. Em junho de 2001, Valassis aumentou unilateralmente seus preços em 5%, não tendo esse aumento de US\$ 0,20 sido acompanhado por News America. A News America havia perdido participação de mercado e estava tentando se recuperar. A postura de News America foi o estopim para uma competição ainda mais acirrada entre as empresas, que fez o preço de ambas cair para menos de US\$ 5 até 2004.

Em 2004, o CEO da empresa Valassis, Alan Schultz, também em conferência telefônica pública ao mercado, sabendo que seu concorrente estaria presente, fez menção à diminuição consistente de preços dos últimos anos e anunciou que aumentaria os preços dali em diante, e que acreditava que o aumento anunciado de preços poderia ser implementado sem que mudanças fossem feitas no *status quo*. Pretendia, com isso, de acordo com o FTC, aumentar os preços, mantendo exatamente o seu *market share*, o que somente se mostraria viável se o seu concorrente também aumentasse os seus preços na mesma proporção do pretendido por Valassis. Assim como no caso acima envolvendo o mercado de aluguel de caminhões, o CEO Alan Schultz complementou a sua fala com a indicação de que retornaria os preços aos baixos patamares caso a News America, seu grande concorrente, continuasse adotando uma postura agressiva.

O FTC concluiu que a conferência telefônica, por si só, era legítima pelo fato de a empresa ser listada em bolsa e que o evento se deu no âmbito de uma conferência telefônica técnica, mas que Valassis teria revelado informações concorrencialmente sensíveis que não seriam transmitidas ordinariamente a concorrentes. O FTC sugeriu, então, que o CEO estava implicitamente convidando o seu concorrente a coordenar preços no mercado.

Anúncios públicos também foram objeto de embate judicial nos Estados Unidos no mercado de frangos de corte (*broiler hicken*), em 2017. Os principais *players* do mercado de frango que, conjuntamente, representavam 88% de participação de mercado, foram acusados de coordenar reduções uniformes de oferta entre 2008 e 2016. Os anúncios de redução da oferta tiveram início em evento do setor realizado em janeiro de 2008 (*International Poultry Expo*), em que executivos das empresas Tison, Pilgrim e Sanderson disseram publicamente que iriam aumentar preços ou reduzir a produção em resposta aos concorrentes que estariam praticando preços abaixo do custo de produção. Alguns meses depois desses comentários públicos, o jornal *Wall Street Journal* reportou cortes na produção e aumento de preços no mercado.

Um mês depois de tal reportagem, o CEO da empresa Peco – não participante do anúncio inicial – disse publicamente que a empresa estava caminhando para a segunda fase de cortes de produção, tendo em vista que a primeira fase não teria produzido os efeitos desejados no mercado. Inferiu-se, então, que durante o primeiro semestre de 2008, os executivos do alto escalão das empresas líderes no mercado de frango fizeram anúncios públicos que teriam encorajado os seus concorrentes a reduzir a oferta. Isso tudo sem evidências de acordo expresso entre as empresas concorrentes no setor via comunicação direta entre eles.

Na Europa, a autoridade antitruste da Holanda também investigou o mercado de telefonia móvel holandês para identificar se as operadoras de telefonia teriam utilizado anúncios públicos para infringir a legislação de defesa da concorrência. Em entrevista publicada em maio de 2009 pela

revista *Telecom Update*, um executivo da empresa KPN, que concorria com as empresas T-Mobile e Vodafone, comentou que o mercado estava marcado por forte concorrência, preços baixos e despesas elevadas com clientes, e que os concorrentes estavam tentando desesperadamente alavancar as respectivas participações no mercado e que essa dinâmica não estava os levando para lugar nenhum.

O panorama descrito pelo executivo de KPN serviu de justificativa para a nova estratégia da empresa que estava sendo lançada naquele momento: gradativamente diminuir os gastos com clientes e aumentar os seus preços naquele ano, sem que houvesse perda da posição que detinha no mercado. O executivo da KPN indicou também que poderia fazer novos planos, ou seja, poderia voltar a reduzir seus preços, caso perdesse participação de mercado.

Nesse caso há um aspecto distintivo dos descritos anteriormente: a autoridade antitruste holandesa identificou um documento que atestou que a T-Mobile, concorrente de KPN, recebeu o recado do seu concorrente. Tratava-se de comunicação compartilhada internamente por um funcionário de T-Mobile em que dizia que KPN queria manter a sua participação de mercado e ao mesmo tempo aumentar a sua margem de lucro e que T-Mobile estava com um dilema em vista da estratégia de expansão da empresa concorrente. Ou seja, o anúncio de aumento de preços por KPN, em condições normais, seria o evento perfeito para que T-Mobile tivesse sucesso em sua estratégia de expansão. No entanto, o fato deste evento ser lido pela empresa, na realidade, como um convite para a adoção de comportamento semelhante pelos concorrentes, deixava T-Mobile em uma sinuca de bico. Ao final, a KPN celebrou acordo com a autoridade holandesa em que se comprometeu a não fazer qualquer anúncio de preços futuros ou de outras condições comerciais.

No Reino Unido, a autoridade antitruste também decidiu, em 2012, por proibir o envio, por parte das empresas do setor de cimentos, de cartas genéricas aos consumidores em que anunciavam, antecipadamente, a intenção de aumento de preços – e quais os preços a serem futuramente praticados - por parte da empresa remetente da carta. A comunicação prévia por cartas foi equiparada pela autoridade antitruste do Reino Unido com os anúncios públicos vistos em outros casos em forma de entrevista, discursos ou *earnings calls*, e, assim, como uma indução à uniformização de conduta no mercado. Isso porque a informação se espalharia rapidamente no mercado, chegando ao conhecimento de concorrentes. Por meio de acordo firmado com a autoridade do Reino Unido, ficou consignado que cartas contendo anúncio de preços deveriam ser específicas, com detalhamento dos preços antigos e novos, além da descrição de eventuais outras cobranças aplicadas ao consumidor destinatário da carta.

Anos mais tarde, em 2018, a autoridade antitruste do Reino Unido condenou, e o Tribunal de Concorrência confirmou a imposição de uma multa de 50 milhões de libras à empresa Royal Mail, no segmento de serviços postais, devido a práticas anticompetitivas. A empresa havia divulgado publicamente uma nova estrutura de preços, sendo interpretado que essa divulgação tinha o propósito de dissuadir concorrentes que planejavam ingressar no mercado. Como resultado, a ação foi vista como uma tentativa de reduzir a concorrência potencial que a Royal Mail poderia enfrentar.

Na Comissão Europeia, por sua vez, houve investigação relacionada ao mercado de transporte marítimo de carga (*container liner shipping*), iniciada em 2013 e finalizada em 2016, que também considerou anúncios públicos como práticas anticompetitivas. A autoridade concluiu que a prática de divulgar periodicamente os valores futuros de frete, realizada pelas transportadoras em seus sites ou através da imprensa, tinha o efeito de comunicar aos concorrentes suas estratégias comerciais. A



Comissão Europeia não encontrou benefícios significativos para os consumidores finais, uma vez que as informações divulgadas não lhes eram úteis na forma em que eram apresentadas. Como resultado, as transportadoras optaram por chegar a um acordo para encerrar o processo, comprometendo-se a cessar tal conduta.

O Quadro a seguir consolida os casos apresentados que tratam sobre anúncios públicos nos Estados Unidos e na União Europeia:

Quadro 2 - Casos de anúncios públicos investigados por autoridades de defesa da concorrência

País	Ano	Mercado	Referência	Status
Estados Unidos	2006	Freestanding Newspaper Inserts	Valassis Comm., Inc., 141 F.T.C. 247 (2006)	Homologado acordo
Estados Unidos	2010	Truck Rentals	Liu v. Amerco, 677 F.3d 489, 493 (1st Cir. 2012)	Homologado acordo
Reino Unido	2012	Cement	Market Investigation into The Supply Or Acquisition Of Aggregates, Cement And Ready-Mix Concrete	Homologado acordo
Comissão Europeia	2013	Freight	COMP AT.39850	Homologado acordo
Holanda	2014	Mobile Telecom	ACM Case 13.0612.53, Mobile Operators, 2014.	Homologado acordo
Estados Unidos	2017	Broiler Chicken	In re Broiler Chicken Antitrust Litig., 290 F. Supp. 3d 772, 798 (N.D. Ill. 2017)	Homologado acordo
Reino Unido	2018	Postal Services	1299/1/3/18 Royal Mail plc v Office of Communications	Condenação

Fonte: elaboração própria.

Por fim, menciona-se a recente modificação da legislação grega de defesa da concorrência, que esclareceu os padrões de ilicitude dos convites à cartelização e das divulgações unilaterais de informações sobre preços futuros. É o que se transcreve a seguir, cotejado, novamente, às categorias definidas pelo Cade:

Quadro 3 – Legislação grega sobre convites à cartelização e das divulgações unilaterais de informações sobre preços futuros cotejado com as categorias definidas pelo Cade

Artigo 1A (conforme inserido pelo Artigo 4 da Lei 4886/2022). Convite para conluio e anúncio relacionado à comunicação de futuras intenções de preços para produtos e serviços entre concorrentes.	Categorias do Cade
1. É proibido a uma empresa propor, coagir, motivar ou de qualquer forma convidar outra empresa a participar num acordo entre empresas ou em decisões de associações de empresas ou em práticas concertadas destinadas a impedir, restringir ou falsear a concorrência na Grécia Território e que consistem em: a) fixação direta ou indireta de preços de compra ou venda em um mercado, ou b) limitar ou controlar a produção, oferta, desenvolvimento tecnológico ou investimentos, ou c) compartilhar mercados ou fontes de abastecimento.	Convite a cartelizar

<p>2. É vedado à empresa divulgar informações sobre preços, descontos, fornecimentos ou créditos sobre produtos ou serviços que forneça ou seja fornecido quando:</p> <p>a) a divulgação restringe a concorrência efetiva no território grego, e</p> <p>b) não constitui uma prática comercial normal</p> <p>Para avaliar se uma divulgação restringe a concorrência efetiva, deve-se levar em consideração o seguinte:</p> <p>a) o grau de especificação e o caráter individual da informação;</p> <p>b) se a informação se refere a atividades futuras;</p> <p>c) até que ponto a informação é facilmente acessível ao público;</p> <p>d) se a divulgação faz parte de um padrão de divulgações semelhantes por parte da empresa;</p> <p>e) se há histórico de conluio anterior no mercado ou setor específico entre as mesmas empresas, e</p> <p>f) se o mercado a que se refere a divulgação é concentrado e de natureza oligopolista.</p> <p>A divulgação de informações não é considerada como restrição à concorrência efetiva se for dirigida exclusivamente aos usuários finais do produto ou serviço.</p>	<p>Anúncios públicos unilaterais</p>
<p>3. Práticas que se enquadram no Par. 1 e 2 não são vedadas, desde que atendam por analogia às condições do § 1º. 3º do artigo 1º.</p> <p>4. Ficam excluídas da aplicação do n. 1 e 2.</p> <p>5. O presente artigo não prejudica os artigos 1.º e 2.º da presente Convenção ou os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Quando as condições estabelecidas neste documento e nos artigos 1.º e 2.º e nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia forem satisfeitas, incluindo, inter alia, o intercâmbio de informações comercialmente sensíveis, aplicam-se estes últimos artigos à exclusão do presente. (traduções livres)</p>	<p>N/A</p>

Fonte: elaboração própria.

E no Brasil, qual é a situação em relação a investigações do Cade sobre anúncios públicos? É o que se apresenta a seguir.

4 INVESTIGAÇÕES DO CADE EM RELAÇÃO A ANÚNCIOS PÚBLICOS

Em 2023, o Cade iniciou uma investigação tendo em vista a publicação de matérias jornalísticas em veículos especializados, Minha Operadora e Teletime News, com os seguintes títulos “Claro defende aumento de preços na banda larga fixa” (Lima, 2023) e “Claro defende ‘racionalização’ na banda larga; churn e experiência são desafios” (Julião, 2023). Tais notícias indicam declarações do diretor de marketing da Claro Brasil, durante o evento Teletime TEC Redes & Infra, realizado no dia 28 de novembro de 2023. Considerou-se sensível e passível de investigação a seguinte fala do executivo: “O que agora a gente vai trabalhar é na rentabilização do crescimento. Estamos operando com preços muito aquém do que gostaríamos no mercado de uma forma geral. Fizemos um movimento agora de reajuste de preços de venda e vamos fazer [mais] um no começo do ano para de fato suportar esse aumento, com racionalidade de ofertas para crescimento mais sustentável” (Lima, 2023a), e “A racionalização só vai acontecer se todos vierem”. O procedimento preparatório foi instaurado em 30.11.2023, e ainda está em curso na SG/Cade.

Outra investigação foi iniciada também em 2023, a partir de matérias jornalísticas publicadas nos mesmos veículos especializados Teletime News e Minha Operadora, em que o CEO da Vivo teria dito publicamente que promoveria reajustes nos preços dos pré-pagos e que esperaria que concorrentes fizessem o mesmo. O procedimento preparatório foi instaurado em 17.5.2023 e, em sua resposta, a Vivo esclareceu que a teleconferência foi aberta ao público em geral, conforme exigência regulamentar, e teve a presença de investidores, acionistas, banqueiros e jornalistas. Apesar disso, a SG/Cade



decidiu instaurar Inquérito Administrativo, em 30.10.2023, comparando as duas perguntas formuladas relacionadas à estratégia de reajustes de preços e as respectivas respostas dadas pelo CEO, dando destaque ao seguinte trecho da fala do executivo: “O pré-pago também vamos aumentar para passar da inflação, e seria bom se o mercado nos seguisse assim, porque o preço do pré-pago tem sido o mesmo há algum tempo” (Lima, 2023b). A SG/Cade entendeu que mereciam análise mais aprofundada as afirmações do CEO referentes a políticas de reajustes de preços, fazendo constar da nota técnica a seguinte afirmação: “a divulgação de potenciais informações concorrencialmente sensíveis, especialmente por agente econômico detentor de posição dominante que explora atividade econômica em setor regulado, poderia apontar possível indução e/ou influência de conduta uniforme entre concorrentes”. O Inquérito Administrativo nº 08700.003498/2023-81 ainda está em curso na SG/Cade.

Desses dois casos, podem ser extraídos dois principais sinais de alerta: (i) maior preocupação com as condutas de empresas com posição dominante, e (ii) contrariedade a menções da empresa com posição dominante a expectativas de que os concorrentes do mercado sigam a estratégia relacionada a precificação da empresa (relação entre preço, investimento, inflação e deseja que o mercado siga esse movimento em específico).

Meses antes, em 13.3.2023, a SG/Cade também havia iniciado procedimento preparatório para investigar alegada declaração do CEO da Latam, também a partir de matéria jornalística publicada pelo jornal O Estado de São Paulo, a respeito de suposta redução de preços da companhia para ampliar a sua participação no mercado. Após a apresentação de defesa, a SG/ Cade, em 8.5.2023, concluiu que (a) as frases reverberadas pela mídia não eram fiéis às declarações feitas pelo CEO da Latam; e (b) os comentários feitos a respeito dos preços foram em resposta a perguntas feitas por terceiros, não fazendo parte, portanto, da mensagem institucional da Latam. Tais constatações serviram de fundamento para que se arquivasse o procedimento, cuja decisão transitou em julgado em 24.5.2023.

Em meados de 2022, a SG/Cade havia instaurado procedimento preparatório nº 08700.008105/2022-45 para investigar se comunicados mensais contendo índices de reajuste dos preços da Aperam, quando divulgados pela Associação Brasileira dos Processadores e Distribuidores de Aços Inoxidáveis (Aprodinox), promovia um alinhamento de estratégias comerciais entre os seus associados. O caso foi iniciado a partir de representação da própria Aperam, que argumentou que a Aprodinox, ao divulgar para seus associados os reajustes de preço que a Aperam enviava individualmente aos seus distribuidores, estaria incorrendo em influência à conduta comercial uniforme. A prática denunciada consistia na divulgação pela Aprodinox de cartas mensais “a quem interessar possa” contendo os índices de reajuste dos preços do aço inox vendido pela Aperam no país. Verificou-se que os distribuidores da Aperam receberam a tabela contendo os preços relativos à faixa de volume em que cada um se encontra. Como os índices de reajuste entre as várias faixas de volume eram similares, a nota técnica concluiu que os índices de reajuste divulgados pela Aprodinox eram conhecidos dos distribuidores e comuns a eles. A SG/Cade identificou aspectos que afastavam tais comunicados às tabelas de preços condenadas pelo Cade, tais como o fato de não ser relacionadas aos preços de venda ao consumidor final e de não ser determinados por Aprodinox, mas sim derivados de informações divulgadas pela própria Aperam aos seus distribuidores, de forma que não deveria ser vista como informação concorrencialmente sensível. Em 16.6.2023 o caso foi arquivado, mas a Aperam apresentou recurso contra o arquivamento.

Em nova análise, em sede do recurso administrativo, a SG/Cade manteve o arquivamento do procedimento preparatório, cuja decisão transitou em julgado em 26.8.2024. Em seu recurso, a Aperam argumentou que nem todos os associados da Aprodinox pertencem à Força Inox, que é a rede de distribuição da Aperam formada pelos distribuidores que adquirem o produto da empresa. Entre os associados da Aprodinox, haveria também distribuidores que atuam somente via importações e empresas que produzem aço inoxidável no exterior, comercializando o produto no país via importação, diretamente ou por meio de distribuidores. Para a SG/Cade, qualquer distribuidor poderia a qualquer momento decidir adquirir aço inox da Aperam, ingressar na Força Inox e, assim, ter acesso à tabela com os preços relativos à faixa de volume que deseja adquirir. Como única produtora de aço plano inoxidável no Brasil, a Aperam não deveria recusar a venda do produto a qualquer distribuidor ou criar empecilhos para seu funcionamento, a menos que houvesse uma justificativa razoável. Assim, mesmo que nem todos os associados da Aprodinox pertencessem à Força Inox, os valores divulgados seriam de fácil acesso para eles ou deveriam ser de fácil acesso para eles. Finalmente, a SG/Cade decidiu que comunicados da Aprodinox contendo índices de reajuste de preços possuiriam diferenças fundamentais em relação aos casos de tabelas de preços condenadas pelo Tribunal do Cade, dado que: (i) não se trataria de um índice de reajuste referente ao preço de venda ao consumidor final; e (ii) não se trataria de um índice fixado ou determinado pela Aprodinox, mas de um índice obtido a partir de um dado informado pela Aperam aos seus distribuidores, de forma que não poderia ser considerado como “divulgação” de informação concorrencialmente sensível ao mercado.

Anteriormente, em 19.2.2021, a SG/Cade havia iniciado Inquérito Administrativo nº 08700.000899/2021-18 em face do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal (Sindicombustíveis/DF) e de seu Presidente e Paulo Tavares. Após investigação preliminar, em 11.1.2023 foi instaurado Processo Administrativo – ainda em curso – para examinar a possível violação da Lei nº 12.529/2011. A SG/Cade entendeu haver indícios de que várias declarações públicas feitas pelo Presidente do Sindicombustíveis/DF sobre futuros reajustes nos preços, juntamente com as circulares periódicas emitidas pelo sindicato sobre o mesmo assunto, poderiam ser interpretadas como uma tentativa de influenciar os revendedores de combustíveis a adotar uma conduta uniforme no mercado.

A SG/Cade expressou que sua preocupação estava relacionada à possibilidade de que, quando os revendedores de combustíveis fossem informados sobre um aumento de preços, eles fossem incentivados a repassar imediatamente o mesmo incremento aos consumidores, mesmo antes de realmente sentirem o impacto em suas negociações privadas com os distribuidores. Com base no que foi registrado nos documentos públicos da investigação, o Sindicombustíveis/DF se defendeu argumentando que essas declarações decorreram do dever público de comunicação do sindicato. Argumentaram que havia circunstâncias específicas e extraordinárias justificando os anúncios, como as repercussões do conflito entre Rússia e Ucrânia, o aumento dos preços da gasolina e do álcool anidro nas refinarias, mudanças no valor do ICMS e o aumento de impostos decorrente do término da isenção de tributos federais, entre outras questões.

Também em 2021, foi iniciada investigação a partir de declaração do Diretor Presidente da Miriri, que era também Presidente do Conselho do Sindicato da Indústria de Fabricação do Álcool no Estado da Paraíba (Sindalcool-PB). A seguinte fala se deu durante o “Workshop de Comercialização – Abertura da Safra 2021 2022”, realizado pelo Sindalcool-PB:



E eu acho que vai depender da gente, de como a gente vai conversar...e se a gente fizer um ordenamento de oferta...mínimo. E aí eu acho que essa conversa a gente precisa estabelecer ela com muita maturidade e eu acho que ela deveria ser cada dia 20 de mês a gente bater um papo sobre como disponibilizar.

A SG/Cade entendeu que a declaração pública do executivo da Miriri configuraria um convite à cartelização. O Conselheiro relator, quando do seu voto diferenciou o “convite à cartelização” das condutas de “recomendação aos concorrentes” e “revelação unilateral de informações”, todas inseridas dentro do gênero “influência à conduta comercial uniforme”, nos termos apresentados na introdução deste artigo.

Após a suspensão de julgamento em razão de pedido de vista do Conselheiro Gustavo Augusto, referido processo administrativo de nº 08700.005438/2021-31 foi arquivado em definitivo, por unanimidade, em julho de 2024. Vale notar os apontamentos do Conselheiro Gustavo Augusto e o estudo realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE/Cade). Segundo o Conselheiro Gustavo Augusto, a conduta de influência à conduta comercial uniforme circunscrever-se-ia ao exame de uma conduta unilateral. Esta, por sua vez, não poderia ser tratada de forma mais rigorosa do que se trata um cartel. Além disso, a avaliação do poder de mercado seria crucial para a verificação de efeitos potenciais dessa conduta, que deve ser analisada segundo a regra da razão. Assim, solicitou estudo ao DEE/Cade, para verificar se houve mudanças no mercado posteriores à declaração do executivo. A nota técnica do DEE concluiu que (i) as declarações representavam tendências já conhecidas pelo mercado; (ii) não havia poder de mercado; e (iii), e, na prática, foram identificados comportamentos pró-competitivos. Em sua análise, o Conselheiro Gustavo Augusto manifestou entendimento de que o convite a cartelizar seria uma conduta unilateral, exigindo um exame de seus efeitos, ainda que potenciais. Assim, quando identificada uma conduta de convite a cartelização, seria necessário avaliar se a conduta poderia, ou não, ter algum propósito legítimo, e não sendo possível tratar essa conduta de forma idêntica a um cartel clássico, exigindo-se um exame mais profundo do contexto da conduta.

Apesar de serem voltadas para a espécie “convite a cartelizar”, as manifestações dos Conselheiros Víctor Fernandes e Camila Cabral Pires-Alves merecem destaque, na medida em que se diferenciam-se do fundamento teórico do voto do Conselheiro Gustavo Augusto. Para o Conselheiro Víctor Fernandes, a prática de convite a cartelizar poderia ser considerada ilícita, em tese, independente da demonstração de efeitos anticompetitivos no mercado (ou seja, tratar-se-ia de uma conduta punível pelo objeto). O Conselheiro Víctor Fernandes votou, assim, pelo arquivamento do processo administrativo, não pela ausência de efeitos da prática, mas sim pela ausência de elementos probatórios suficientes para sustentar uma condenação. Ele ressaltou que esta conclusão não decorria da ausência de demonstração de efeitos anticompetitivos concretos no mercado - o que entendia não seria necessário em um caso de cartel clássico - mas sim da falta de materialidade mínima necessária para caracterizar a própria existência da conduta ilícita.

Similarmente, a Conselheira Camila Cabral Pires Alves adotou entendimento de que a jurisprudência do Cade trata os casos de convite à cartelização de forma semelhante aos cartéis *hard core* ou clássicos. Assim, como o convite à cartelização sugere a inclusão do convidado em um cartel, a simples formação do juízo de autoria e materialidade sobre o convite pela autoridade seria suficiente para configurar a infração à ordem econômica prevista no artigo 36, da Lei nº 12.529/2011. Nesses casos,

a caracterização do ilícito não dependeria de que a solicitação tenha sido efetivamente atendida pelo concorrente, tratando-se de um ato unilateral que antecede a formação de um cartel clássico.

Tem-se, portanto, que neste caso, não houve, s.m.j, uma definição sobre o tratamento da conduta de convite a cartelizar (espécie do gênero influência à conduta comercial uniforme, que abarca também anúncios públicos, objeto central deste artigo), não tendo ficado claro se tal conduta seria analisada pela regra da razão ou pela regra *per se*.

Anteriormente, em 30.1.2020, a SG/Cade também havia investigado declarações feitas por executivos do setor de proteína animal (JBS e BRF) em um evento público, sem intermediação de associação ou sindicato, e em resposta à pergunta formulada por participante da conferência. Em sua decisão de arquivamento, em 7.4.2020, a SG/Cade entendeu que a divulgação de determinada tendência, decorrente ou não de externalidades, para justificar movimentos comerciais, não necessariamente configura troca de informações concorrencialmente sensíveis que possa resultar em sinalização de aumento de preços ou revelação unilateral de informações, devendo ser justamente analisada as circunstâncias nas quais tais declarações são feitas. Segundo a decisão de arquivamento, mesmo que seja parte da estratégia das empresas a divulgação de determinada tendência, decorrente ou não de externalidades, para que se justifiquem determinados movimentos comerciais, não foram identificados nos conteúdos elementos que configurassem troca de informações concorrencialmente sensíveis que pudessem resultar em sinalização de aumento de preços ou revelação unilateral de informações. Isso se evidenciaria quando foram analisadas as circunstâncias sob as quais o pronunciamento dos dirigentes foi feito - em evento público, em resposta a pergunta formulada por participante da conferência, sem a intermediação de associação ou sindicato.

Também em 2020 foi instaurado, em 6.11.2020, Processo Administrativo nº 08700.005636/2020-14 para investigar suposto cartel nos mercados de revenda de combustíveis em Dois Vizinhos/PR, a partir de investigação conduzida pelo Ministério Público do Estado do Paraná. Apesar de se tratar de um caso de cartel clássico, no voto do Conselheiro Victor Fernandes, houve a menção a precedentes da autoridade europeia e também de legislação grega que trata especificamente da prática de anúncios públicos. Para o Conselheiro Victor Fernandes, o tratamento a ser conferido aos convites à cartelização no direito concorrencial brasileiro, em termos de teste jurídico, deve considerar se a atuação concertada visada poderia configurar um cartel *hard core* ou se há algum propósito legítimo envolvido na divulgação ou no compartilhamento das informações para além de impor uma restrição pura à concorrência. Em outras palavras: a autoridade antitruste deve aplicar ao convite à cartelização a mesma valoração jurídica que deve ser aplicável ao acordo que seria formado na eventualidade da perfectibilização do convite. Quando o convite à cartelização apontar ou sugerir a inclusão do convidado em um cartel *hard core*, a mera formação do juízo de autoria e materialidade do convite por parte da autoridade parece ser suficiente para a configuração da infração à ordem econômica. Por sua vez, quando a comunicação pública ou privada entre concorrentes puder gerar algum efeito social benéfico, o que pode ocorrer em circunstâncias específicas, faz-se recomendável a aplicação de uma abordagem baseada na regra da razão. Nesses casos mais limítrofes - que, repisa-se, não envolvem restrições puras à concorrência -, a autoridade teria que ponderar aspectos como o grau de especificidade das informações envolvidas, se a divulgação ocorre no curso normal dos negócios de uma empresa ou se ela eventualmente pode ter algum propósito legítimo no setor econômico em questão.



Em 2015, havia sido iniciada investigação a partir da seguinte declaração pelo Presidente do Sincopetro-SP: “A gasolina deve sofrer um reajuste nas bombas de 5 a 7%. A estimativa é do presidente do Sincopetro (Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo) no Estado de São Paulo, José Alberto Paiva Gouveia. Ele também acredita que o diesel vá subir entre 3,5 e 4,5%. [...] Ele defende que os postos repassem o valor imediatamente, mesmo que tenham em estoque combustível comprado com preço antigo. O objetivo, de acordo com o presidente do Sincopetro, é garantir o capital de giro para comprar gasolina e diesel reajustados”. As declarações do Presidente da Sincopetro-SP foram proferidas em entrevista concedida à Rádio Bandeirantes e reproduzidas por diversos jornais. O próprio sindicato publicou matéria em seu site com trechos da declaração pública do seu Presidente. Posteriormente instaurada em 2017 e arquivada pelo Tribunal do Cade em 2019. A SG-Cade, o MPF-Cade e a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade recomendaram a condenação dos representados. Apesar disso, o caso foi arquivado por unanimidade pelo Tribunal do Cade.

Segundo o Conselheiro-Relator Paulo Burnier, considerando as dificuldades de aferição da ilegalidade desse tipo de conduta sob a ótica concorrencial, a OCDE sugere alguns critérios para auxiliar na avaliação do potencial anticompetitivo de divulgações unilaterais de informações. Dentre eles, destacam-se os seguintes fatores: (i) a natureza, (ii) o conteúdo e (iii) o contexto da divulgação da informação, para que se possa fazer um juízo minimamente seguro da eventual ilicitude (OCDE, 2012, p. 19).

Quanto à (i) natureza do comunicado, a OCDE recomenda que seja ponderado se as informações foram divulgadas em meio privado (*private disclosure*), como ocorre em geral com comunicações bilaterais ou cartas-circulares; ou em meio público (*public disclosure*), como ocorre com comunicados oficiais ou notícias de jornal. Em geral, a divulgação de informações em meio público tende a um potencial ofensivo menor do que a divulgação de informações em meio privado (OCDE, 2012, p. 19).

Quanto ao (ii) conteúdo da divulgação, deve-se examinar se o comunicado contém informações de política comercial que podem ser acessadas por consumidores finais e pelo público em geral. A divulgação de informações mais amplas do que as estritamente necessárias para o propósito do anúncio e a inclusão de ameaças (como de guerras de preços) também são indícios significativos da potencialidade de a revelação da informação gerar colusões (OCDE, 2012, p. 19).

Por fim, investigar o (iii) contexto em que a divulgação da informação aconteceu também se afigura essencial para o *assessment* dos seus potenciais efeitos anticompetitivos. Nesse ponto, a OCDE sugere que quando se trata de mercados concentrados em que são comercializados produtos homogêneos, o potencial de efeitos anticompetitivos dos anúncios é mais patente (OCDE, 2012, p. 19).

Em 2013, no mercado de chocolates, foi celebrado um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) entre o Cade, a Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e derivados (Abicab) e seu presidente, após este dizer, em reportagem publicada em diferentes jornais, que a Páscoa estaria 8% mais cara naquele ano de 2009 (no bojo do Processo Administrativo 08012.001772/2009-88). “Em relação aos preços devem ficar em torno de 8% mais altos na comparação com 2008, levando-se em conta os níveis de inflação do período e os aumentos dos insumos mais importantes (cacau, leite e açúcar), embalagem e mão-de-obra.” O Cade avaliou que a declaração pública “ocorreu em data na qual tais informações ainda poderiam ter efeito na formação de preços e estratégias de comercialização”. Isso, conjugado com a existência de condições estruturais que poderiam facilitar estratégias colusivas, fez com que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) concluísse pela necessidade de investigar a efetiva ocorrência de infração à ordem econômica por parte da Abicab.

O Cade indicou a possibilidade de cartelização no setor em decorrência do referido anúncio, sobretudo porque se verificou que as três principais empresas do mercado à época detinham participação conjunta de 81,4% e que as demais empresas que compunham a chamada franja de mercado não teriam capacidade de contestar o poder de mercado detido pelas empresas líderes. Naquele caso, o acordo expressamente admitiu que a anúncio público teria sido ilegal.

Também em 2013, o Sindicato do Comércio Varejista de Material de Escritório, Escolar e Papelaria do Estado de São Paulo e Região (Simpa/SP) firmou um TCC com o Cade (no bojo do Processo Administrativo 08012.000069/2012-58). Isso ocorreu devido a uma declaração pública feita pelo presidente do sindicato, na qual ele aconselhava os pais a adiantar a compra de material escolar como medida preventiva contra um possível aumento de 7% devido ao índice de inflação.

Ainda em 2010, no mercado de avicultura, por exemplo, foi firmado um TCC com a União Brasileira de Avicultura (UBA) e o seu presidente, após anúncio público que supostamente conteria recomendação para que empresas produtoras de frango afiliadas diminuíssem a produção em 20% e limitassem o plantel a 400 milhões de frangos até determinado período (no bojo do Processo Administrativo 08012.003623/2009-53).

O Quadro a seguir consolida os casos apresentados que tratam sobre anúncios públicos no Brasil.

Quadro 4 - Casos de anúncios públicos investigados pelo Cade

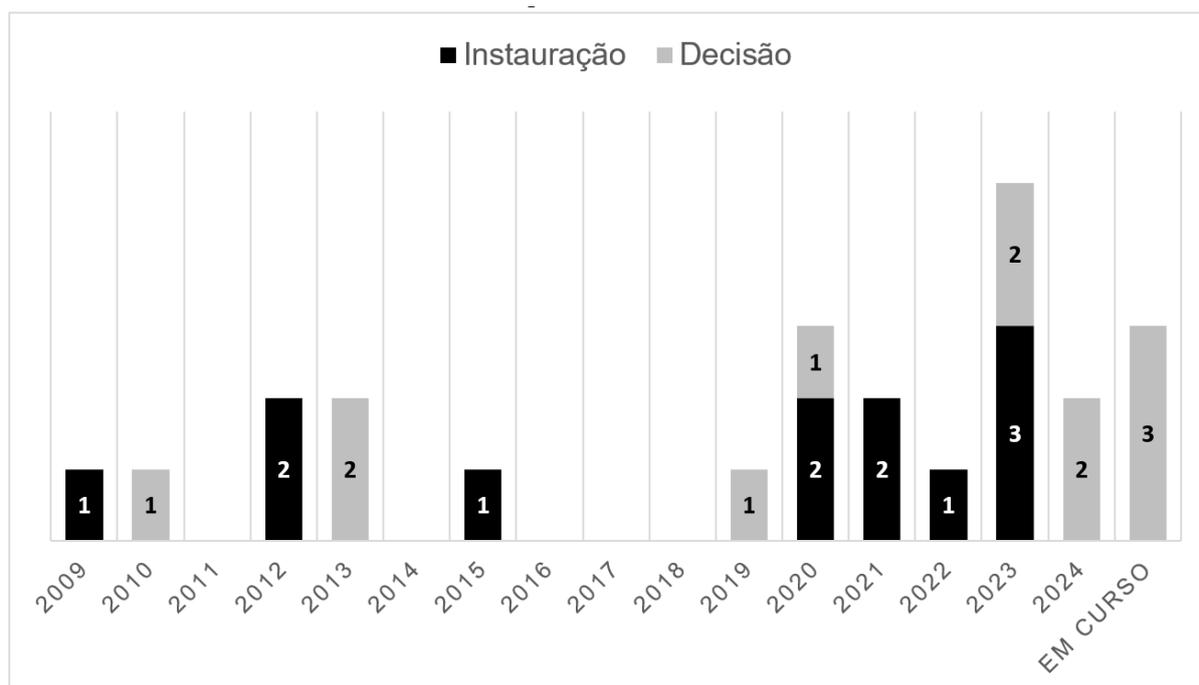
Processo	Ano Instauração	Caso	Status	Ano Decisão
PP 08700.008524/2023-68	2023	Claro	Em análise SG/Cade	N/A
IA 08700.003498/2023-81	2023	Vivo	Em análise SG/Cade	N/A
PP 08700.001819/2023-11	2023	Latam	Arquivado SG/Cade	2023
PP 08700.008105/2022-45	2022	Aprodinox	Arquivado SG/Cade	2024
PA 08700.000899/2021-18	2021	Sindicomobustíveis	Em análise SG/Cade	N/A
PA 08700.005438/2021-31	2021	Miriri	Arquivado pelo Tribunal do Cade.	2024
PP 08700.000416/2020-02	2020	JBS e BRF	Arquivado pela SG/Cade	2020
PA 08700.005636/2020-14	2020	Combustíveis em Dois Vizinhos/PR	Arquivado pelo Tribunal do Cade.	2023
PA 08700.009858/2015-49	2015	Sincopetro	Arquivado pelo Tribunal/Cade.	2019
PA 08012.000069/2012-58	2012	Material de Escritório e Papelaria	Homologado TCC	2013 (TCC)
PA 08012.001772/2009-88	2009	Chocolates ABICAB	Homologado TCC	2013 (TCC)
PA 08012.003623/2009-53	2009	Frangos UBA	Homologado TCC	2010 (TCC)

Fonte: elaboração própria.

Interessante notar, portanto, um incremento das investigações voltadas ao tema de influência à conduta comercial uniforme na sua subespécie anúncios públicos em 2023, com relevantes decisões sobre esse tema pela SG/Cade e pelo Tribunal em 2023 e 2024. Nota-se, ademais, que ainda não se identifica nenhum caso condenado exclusivamente com fundamento na tese de anúncios públicos unilaterais. O gráfico a seguir evidencia um pouco dessa evolução:



Gráfico 1 – Instauração pelo Cade da investigação (PP, IA ou PA) que apura anúncios públicos e ano da decisão final (arquivamento ou TCC)



Fonte: elaboração própria.

A partir de análise conduzida por Cauhy (2024), verifica-se que o Cade ainda não possui parâmetros claros e transparentes sobre seu entendimento sobre anúncios públicos. Cauhy (2024) sinaliza que os casos em que foram investigadas as condutas envolvendo associações de classe são mais antigos (dois em 2009, um em 2012, um em 2017 e um em 2023), ao passo que os demais, em especial os mais recentes, investigam empresas, a partir de declarações públicas de importantes executivos.

Nos casos analisados como “convite a cartelização” e “recomendação aos concorrentes”, o Cade avaliou as declarações públicas como ilícitas pelo objeto, presumindo sua ilicitude. Nos casos avaliados como “revelação unilateral de informações”, entendeu que as declarações públicas poderiam ter efeitos pró-competitivos e as avaliou como ilícito por efeitos.

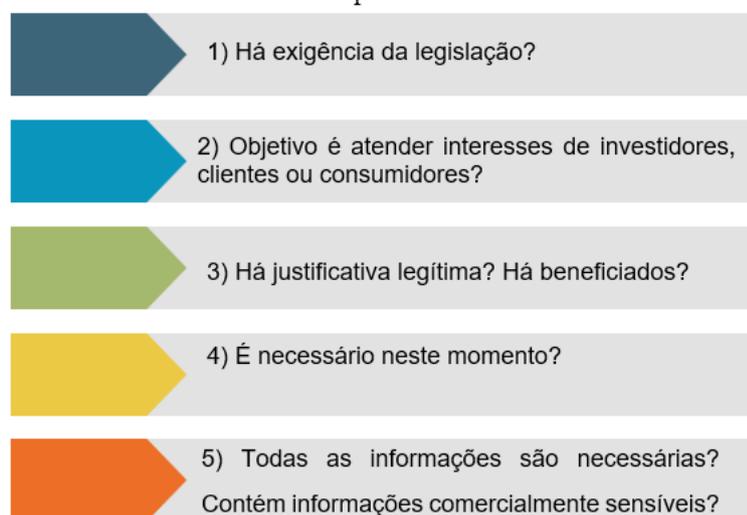
Segundo Cauhy (2024), as declarações públicas que não geraram preocupações ou que foram avaliadas pela regra da razão tinham as seguintes características: (i) decorreram de provocação de terceiros, ou seja, de perguntas de jornalistas ou mediadores de eventos; (ii) eram declarações que previam/especulavam sobre a conduta de empresas concorrentes ou do mercado em geral ou ainda declarações que trataram apenas da própria conduta, não mencionando a conduta de rivais ou do mercado. Por outro lado, as declarações públicas que foram tratadas pela autoridade antitruste como prática de recomendações a concorrentes e/ou como convite à cartelização e avaliadas como presumidamente ilícitas (i) eram declarações intencionais das partes, apresentadas por meio de circulares, documentos ou divulgadas pela própria parte em seu site e (ii) recomendavam como empresas concorrentes ou o mercado como um todo deveria se comportar no futuro.

Tais casos evidenciam que os anúncios públicos podem ser considerados ilícitos pelo Cade e que há preocupações relevantes da autoridade com essa prática.

5 PROPOSTA DE CHECKLIST PRÁTICO PARA ANÁLISE PRÉVIA DO RISCO ENVOLVIDO NA REALIZAÇÃO DE ANÚNCIOS PÚBLICOS

Dado o contexto internacional e as preocupações já identificadas pelo Cade em relação a anúncios públicos, parece importante que executivos de empresas e associações que atuem no Brasil tenham cada vez mais cuidado com suas manifestações públicas, para evitar investigações pelo Cade. Assim, faz sentido que tais agentes se dediquem a analisar previamente os anúncios públicos que pretendem fazer, para evitar conflitos com a Lei de Defesa da Concorrência, respondendo a perguntas como: (5.1) Há exigência legal para o anúncio público? (5.2) O objetivo do anúncio público é atender interesses ou exigências de investidores, clientes ou consumidores finais? (5.3) Há justificativa legítima para o anúncio público pretendido, com beneficiados? (5.4) É necessário fazer um anúncio público nesse momento? (5.5) Todas as informações contidas no anúncio público são estritamente necessárias? Há informações comercialmente sensíveis no anúncio público?

Imagem 2 – Checklist de perguntas a serem respondidas pelos executivos antes dos anúncios públicos



Fonte: Elaboração própria

a Há exigência legal para o anúncio público?

Caso o anúncio público decorra de exigência legal, há que se assegurar que ele não ultrapassa os limites da própria legislação. É possível, por exemplo, que a divulgação de informações seja uma exigência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em caso de companhias de capital aberto. Também pode ser o caso de empresas que atuem em setores regulados.

No caso *Billing* (2007), a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu uma análise de quatro fatores (*four-factor analysis*) para identificar situações em que regras próprias de mercado de capitais são utilizadas como justificativa legítima para flexibilizar a aplicação da legislação antitruste. O paralelo que se faz no Brasil seria a aplicação da Lei nº 6.385/1976, da Lei nº 6.404/1976 e das resoluções da CVM, em especial, a Resolução CVM nº 44/2021, que dispõem sobre o mercado de valores mobiliários e preveem uma série de regras de transparência aos investidores e proteção

dos minoritários relacionadas à publicidade de informações. A legislação societária brasileira não apresenta uma definição precisa do que deve ser considerado como fato relevante para fins de divulgação, limitando-se a determinar a divulgação de fatos “que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia” (art. 157, §4º da Lei nº 6.404/1976) (Brasil, 1976a; 1976b).

Da mesma forma, a Resolução CVM nº 44/2021 apresenta uma definição ampla de ‘fato relevante’, no sentido de que poderá consistir, entre outros, em

qualquer ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos negócios da companhia que possa influir de modo ponderável: (i) – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; (ii) – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; ou (iii) – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados (CVM, 2021).

Já o art. 2º, parágrafo único, da Resolução CVM nº 44/2021, é mais claro ao apresentar uma lista exemplificativa de fatos que, *via de regra*, devem ser considerados relevantes e, portanto, merecedores de divulgação (Brasil, 2021). Todavia, tal lista não exaure as possibilidades de fato relevante, nem determina um fato relevante, sendo necessário analisar os dados concretos do fato e da companhia a que se refere.

Adicionalmente, ainda que a norma determine a imediata divulgação do fato relevante, caso os administradores entendam que a sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, poderão optar pelo sigilo. Tanto o art. 157, § 5º da Lei nº 6.404/1976, quanto o art. 6º da Resolução CVM nº 44/2021, reconhecem essa necessidade de sigilo sobre determinadas informações e, por isso, admitem expressamente que os administradores se recusem a prestar determinada informação caso entendam que sua divulgação acarretaria riscos a interesse legítimo da companhia.

A regulamentação, entretanto, não deixa ao mero arbítrio dos administradores a decisão a respeito da necessidade de guardar sigilo sobre determinadas informações da companhia. Em caso de recusa dos administradores em prestar informações, a CVM, *ex officio* ou a pedido de qualquer administrador ou acionista, poderá analisar a questão e, entendendo que a informação não merece tratamento sigiloso, determinar sua divulgação, nos termos do art. 157, § 5º, da Lei das Sociedades por Ações e do art. 7º da Resolução 44.

Sobre esse tema, o colegiado da CVM fixou alguns parâmetros para identificar situações nas quais uma companhia estaria legitimamente autorizada a manter uma informação sob sigilo. Situações envolvendo “os interesses da confiança, o good will, o segredo profissional, as normas reguladoras e de salvaguarda da concorrência, o segredo industrial” dentre outras podem ser causas legítimas para a não divulgação (Lamy Filho; Pedreira, 2017). Vale dizer que a premissa da não divulgação de fato relevante constitui exceção à regra geral que visa assegurar a todos os investidores acesso imediato e simultâneo à informação.

Pode-se exemplificar essa situação com o julgamento pendente de conclusão pelo colegiado da CVM. Dois executivos estão sob investigação em razão de uma videoconferência com analistas realizada em 10 de março de 2023, um dia após a divulgação de resultados da Arezzo sobre o último

trimestre de 2022. A área técnica da CVM entendeu que a dupla violou as regras sobre a necessidade de divulgação imediata de fato relevante aos investidores em caso de haver informação importante para o mercado. Na videoconferência, o CEO compartilhou com os analistas dados novos sobre o desempenho da companhia em 2023. Ele disse que a base para o crescimento da Arezzo no ano era de cerca de 17%, por exemplo. O executivo também informou que as vendas diretas ao consumidor estavam crescendo 11% no ano até aquela data. Os investidores, porém, só teriam acesso ao balanço referente a esse período três meses depois.

Importante, portanto, considerar se a divulgação de informações por parte de executivos está inserida em um contexto mais amplo do direito societário, de modo que a divulgação de informações seja não só necessária, mas uma obrigação do mercado de capitais, da regulação setorial e/ou de outra natureza.

b O objetivo do anúncio público é atender interesses ou exigências de investidores, clientes ou consumidores finais?

Caso o anúncio público decorra de exigência de *stakeholders*, é preciso percorrer todas as questões aqui propostas para assegurar que o anúncio público não ultrapassa os limites da exigência dos *stakeholders*. O atendimento de interesses ou exigências de investidores pode se dar por canais formais, como previsto no acordo de acionistas, ou em mecanismos informais. A maneira de implementação deverá ser objeto de escrutínio.

c Há justificativa legítima para o anúncio público pretendido, com beneficiados?

É importante que o racional por trás do anúncio público tenha sido analisado antes de sua veiculação, sendo necessário preservar o material produzido, tais como estudos técnicos e discussões internas. Neste ponto, evidências (trocas de *e-mails* ou mensagens prévias à comunicação pública) podem ser apresentados ao Cade como demonstração da utilização de instrumentos de *compliance* prévio das empresas. Pode-se imaginar anúncios públicos que resultam em benefícios evidentes aos consumidores, e não aos competidores daquele mercado, ou anúncios públicos que projetam condutas futuras de concorrentes ou do mercado, desde que baseados em fatos que justificam o comportamento esperado de oferta e demanda, acompanhados de fontes que confirmam ao anúncio público precisão e credibilidade.

d É necessário fazer um anúncio público nesse momento?

É preciso refletir a respeito da necessidade de se fazer o anúncio e do seu *timing*. O anúncio de uma estratégia comercial antes de sua implementação poderá produzir efeitos mais danosos em comparação aos anúncios públicos feitos a posteriori, já que esses últimos permitem que os agentes econômicos continuem agindo livremente e reajam unilateralmente a quaisquer eventos que ocorram no mercado.



Em caso investigado nos Estados Unidos a respeito de anúncio público por companhia aérea do preço que passaria a cobrar pela primeira bagagem de seus passageiros, um ponto de preocupação da autoridade foi a antecedência de um mês do anúncio em relação ao momento em que tal política passaria a ser válida, que permitiu que os principais concorrentes se mobilizassem e anunciassem movimentos semelhantes de preços que passariam a valer concomitantemente.¹⁸ A pergunta é: há razão legítima para a antecedência de um ano do anúncio? Quais seriam os prós e contras se o anúncio tivesse sido feito, por exemplo, com uma semana de antecedência? Ou até no mesmo dia da implementação da nova política de preços? Sinalização similar foi realizado no caso da Abicap examinado pelo Cade, que indicou que a divulgação da informação justamente no momento prévio à Páscoa não teria sido um *timing* adequado para permitir a aceitação das justificativas apresentadas para a declaração.

e Todas as informações contidas no anúncio público são estritamente necessárias? Há informações comercialmente sensíveis no anúncio público?

Vale avaliar se há informações no anúncio público pretendido que podem ser excluídas pelo fato de serem puramente complementares ou desnecessárias para se atingir o objetivo vislumbrado. Caso o anúncio público contenha informações concorrencialmente sensíveis, é preciso avaliar se tais informações podem ser substituídas, agregadas ou anonimizadas, sem que o objetivo do anúncio público seja comprometido.

O risco de trocas ou divulgações de informações serem consideradas como condutas anticompetitivas varia de acordo com uma série de fatores: (a) estrutura de mercado; (b) matéria¹⁹; (c) nível de agregação; (d) historicidade; (e) publicidade; (f) frequência; (g) forma da divulgação. Como no caso mencionado no início desse artigo, o Cade já mencionou preocupação em especial com tendências futuras de preços.

Importante destacar, ainda, quanto ao item (a), que quanto mais concentrada a estrutura de mercado, maior poderá ser a preocupação do Cade. Tanto assim que em investigações recentes a SG/Cade tem sinalizado expressamente seu foco em anúncios públicos realizados por empresas com posição dominante.

6 PROPOSTA DE METODOLOGIA DE ANÁLISE E CONSIDERAÇÕES FINAIS

As investigações iniciadas pela SG/Cade em 2023 indicam que a autoridade antitruste brasileira está acompanhando de perto, com interesse, os anúncios públicos. O fato de os anúncios públicos por empresa e associações terem diferentes formatos, conteúdos e extensão deixa importante espaço para debate.

18 In re Delta/AirTran Baggage Fee Antitrust Litig., 245 F. Supp. 3d 1343, 1354-55 (N.D. Ga. 2017)

19 A lista exemplificativa de informações comercialmente sensíveis contempla: (i) custos das empresas envolvidas; (ii) nível de capacidade e planos de expansão; (iii) estratégias de marketing; (iv) precificação de produtos (preços e descontos); (v) principais clientes e descontos assegurados; (vi) salários/benefícios de funcionários; (vii) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; (viii) informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); (ix) planos de aquisições futuras; e (x) estratégias competitivas, etc. Vide ACC em AC nº 08700.002488/2022-48/2023-37, de 19.10.2023.

Pela atuação das autoridades estrangeiras, está ainda mais claro que o escrutínio dos anúncios públicos já chegou no nível da empresa. Novos desdobramentos tendem a surgir ao longo dos anos, de modo que executivos de empresas e de associações devem ser ainda mais cautelosos antes da realização de anúncios públicos. A partir do exposto, entendemos que os seguintes elementos evidenciam maior preocupação do Cade com anúncios públicos unilaterais:

Quadro 5 – Consolidado de elementos de maior preocupação do Cade com os anúncios públicos unilaterais

Empresas com posição dominante
Mercados concentrados
Mercados regulados
Produtos homogêneos
Variáveis diretamente relacionadas aos consumidores finais
Quando há intermediação de associação ou sindicato
Quando a divulgação é intencional (ou seja, quando a divulgação não se dá como resposta a perguntas)
Menções a expectativas de que os concorrentes do mercado sigam a estratégia relacionada a precificação da empresa (relação entre preço, investimento, inflação e deseja que o mercado siga esse movimento em específico)
Ausência de propósito legítimo ao setor econômico

Fonte: elaboração própria.

A nosso ver, a prática de anúncio público não pode ser tratada como um ilícito por objeto e a análise deve levar em conta as circunstâncias concretas de cada caso, como uma conduta pelos efeitos, em uma metodologia de análise de regra da razão. Dessa forma, entendemos que as investigações devem seguir o passo de (1) caracterização da conduta, autoria e materialidade; (2) definição de mercado relevante, nas dimensões produto e geográfica; (3) análise de posição dominante (participações de mercado e condições de concorrência efetivas e potenciais: barreiras à entrada / rivalidade/ condições institucionais), (4) razoabilidade e análise das justificativas, (5) avaliação de potenciais prejuízos da conduta e exame de possíveis ganhos de eficiência e/ou outros benefícios.

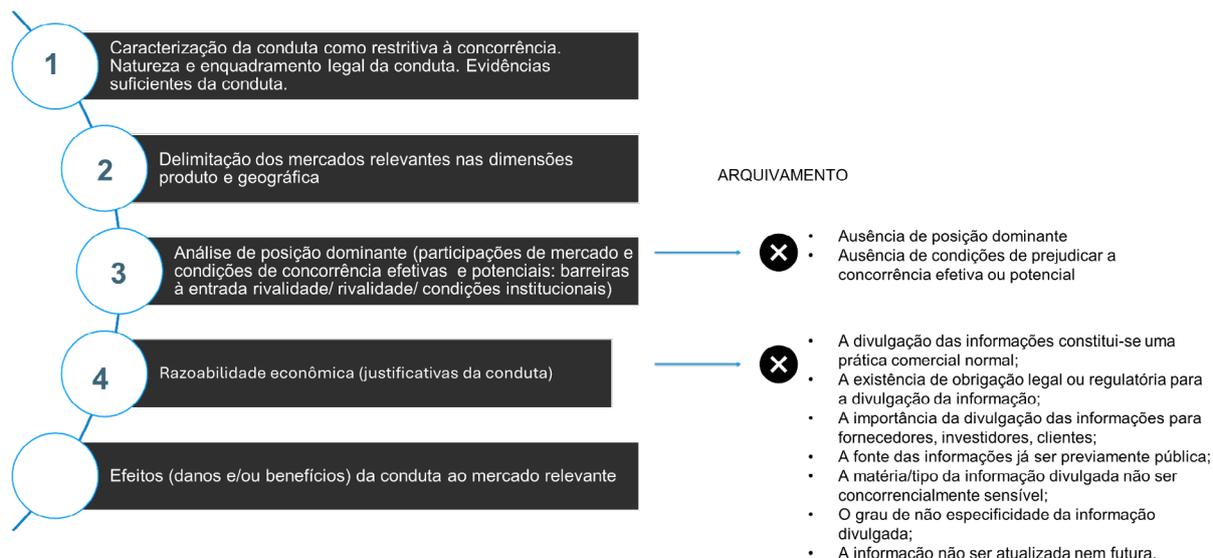
Especificamente quanto às justificativas, entendemos que pode haver uma série de argumentos relacionados à razoabilidade e/ou a ausência de efeitos negativos ao mercado decorrentes da prática do anúncio público unilateral, permitindo o arquivamento de eventual investigação, tais como:

1. A divulgação das informações constitui-se uma prática comercial normal;
2. A existência de obrigação legal ou regulatória para a divulgação da informação;
3. A importância da divulgação das informações para fornecedores, investidores, clientes;
4. A fonte das informações já ser previamente pública;
5. A matéria/tipo da informação divulgada não ser concorrencialmente sensível;
6. O grau de especificidade da informação divulgada;
7. A informação não ser atualizada nem futura.

A imagem abaixo propõe um fluxo de análise para esse tipo de caso:



Imagem 3 – Proposta de fluxo de análise para anúncios públicos unilaterais



Fonte: elaboração própria.

Diante de todo o exposto, e por se tratar de forma menos óbvia de infração à ordem econômica, novos esforços de *compliance* e treinamentos serão necessários em relação aos executivos das empresas e associações, e as respectivas equipes de *marketing/comunicação* das empresas. A preparação de anúncios públicos após reflexões relacionadas às respostas às perguntas aqui indicadas pode ajudar tais executivos a evitar investigações do Cade com base na Lei nº 12.52/2011. Ademais, a delimitação do fluxo de análise, em novos precedentes do Cade, poderá contribuir para a existência de segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda; SILVA, Leonardo Rocha e; FERNANDES, Luis Henrique Perroni. **Preocupações do CADE sobre condutas praticadas no âmbito de associações de classe**. Brasília: Pinheiro Neto Advogados, 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aku7vtl>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, 1976b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ywvmhyc>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976a. Disponível em: <https://tinyurl.com/23sgqq7a>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. **Combate a cartéis em Sindicatos e Associações**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2aat3xxx>. Acesso em: 18 jul. 2024.

CAUHY, Bárbara De'Carli. As Palavras têm poder: análise das declarações públicas como conduta anticompetitiva na prática do CADE. In: ATHAYDE, Amanda et. al. (org.). **Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais: Volume VI**. Brasília: Universidade de Brasília, 2024. p. 161-192. Disponível em: <https://tinyurl.com/23j3knwg>. Acesso em: 12 ago. 2024.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Resolução CVM nº 44, de 23 de agosto de 2021**. Dispõe sobre a divulgação de informações sobre ato ou fato relevante, a negociação de valores mobiliários na pendência de ato ou fato relevante não divulgado e a divulgação de informações sobre a negociação de valores mobiliários, e revoga as Instruções CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002, nº 369, de 11 de junho de 2002, e nº 449, de 15 de março de 2007. Rio de Janeiro, RJ: Comissão de Valores Mobiliários, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dtko8q9g>. Acesso em: 11 abr. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia de Remédios do Cade**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/224ydtstr>. Acesso em: 14 ago. 2024.

DUQUESNE, Guillaume; BROSSE, Hippolyte. Pro-competitive rationale of public price announcements. **Compass LexEcon**, [s. l.], 23 nov. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/276gj4xx>. Acesso em: 14 ago. 2024.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Fiesp); CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Ciesp). **Manual de Práticas Concorrenciais para Sindicatos e Entidades de Classe**: Revisto e atualizado de acordo com a Lei nº 12.529/2011 São Paulo: Fiesp, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/275hkjwg>. Acesso em: 17 jul. 2024.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Policy statement regarding the scope of unfair methods of competition under Section 5 of the Federal Trade Commission Act Commission File No. P221202**. Washington, DC: Federal Trade Commission, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mf67m7>. Acesso em: 14 ago. 2024.

HARRINGTON JR., Joseph E. Collusion in Plain Sight: firm's use of public announcements to restrain competition. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 84, n. 2, Jun. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/22erwz5z>. Acesso em: 14 ago. 2024.

JULIÃO, Henrique. Claro defende 'racionalização' na banda larga; churn e experiência são desafios. **Teletime**, São Paulo, 29 nov. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cuwc7ov>. Acesso em: 13 ago. 2024.

KOVACIC, William E.; MARSHALL, Robert C.; MEURER, Michael J. Cartel issues in plain sight. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 11, n. 2, p. 215–222, Jul. 2023. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad019>. Disponível em: <https://tinyurl.com/22erwz5z>. Acesso em: 14 ago. 2024.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LIMA, Cleane. Claro defende aumento de preços na banda larga fixa. **Minha Operadora**, [s. l.], 29 nov. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/yngh25hh>. Acesso em: 15 ago. 2024.

LIMA, Cleane. Vivo vai subir preços do pré-pago e espera servir de exemplo para outras teles. **Minha Operadora**, [s. l.], 12 maio 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2jx7sehl>. Acesso em: 15 ago. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects**. Paris: Organisation for Economic Co-Operation and Development, 2012. (Series Rountable on Competition Policy, 127). Disponível em: <https://tinyurl.com/28f5ts9m>. Acesso em: 14 ago. 2024.

