



UnB – Universidade de Brasília

FD – Faculdade de Direito

**ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE EM RELAÇÕES VERTICAIS DE
EXCLUSIVIDADE**

Isabela de Oliveira Pannunzio

Matrícula: 12/0079712

Brasília, 22 de março de 2017

UnB – Universidade de Brasília
FD – Faculdade de Direito

Abuso de Posição Dominante em Relações Verticais de Exclusividade

Isabela de Oliveira Pannunzio

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito parcial à obtenção do título de bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB
Orientadora: Prof. Ana Frazão

Brasília, 22 de março de 2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ISABELA DE OLIVEIRA PANNUNZIO

**ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE EM RELAÇÕES VERTICAIS DE
EXCLUSIVIDADE**

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Ana Frazão

Professora Doutora e Orientadora

Eric Hadmann Jasper

Professor Mestre e Examinador

Daniel Costa Rebello

Mestre e Examinador

Mamede Said Maia Filho

Doutor e Examinador Suplente

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à minha orientadora, Ana Frazão, por ter me inspirado desde os primeiros semestres do curso de Direito. A elaboração deste trabalho não teria sido possível sem o apoio e a paciência da professora. Muito obrigada por ter compartilhado comigo seu conhecimento e sua essência de pesquisadora.

Aos meus pais, que confiaram no meu potencial mesmo nos momentos em que eu dei todos os motivos para eles pensarem diferente. Obrigada pela dedicação incansável de vocês dois. À minha mãe por ser uma mulher forte que sempre me serviu de modelo, por cuidar de mim nas madrugadas que passei escrevendo e por preparar chá para aquecer minhas noites.

Aos meus chefes, José Alexandre Buaiz Neto, Daniel Costa Rebello, Marco Aurélio Barbosa, Gabriela Assis Abdalla, Clarissa y Amoedo Velloso Passarinho e Maria Carolina Feitosa, por todo o aprendizado, compreensão e pelas colheres de chá nesse período de elaboração de monografia. À colega de trabalho e revisora oficial Cassia Kinoshita, muito obrigada por todos os comentários pertinentes.

Gostaria de agradecer, também, à minha companheira de jornada e colega de orientação, Manuela Elias Batista, que dividiu comigo as agonias desse processo e me ajudou a não desistir. Foi uma honra e um prazer contar com o seu apoio.

A todos os meus amigos que me trouxeram sorvete e me levaram para comer, que não reclamaram da minha ausência e que ajudaram a suavizar os percalços da escrita da monografia.

Dedico este trabalho a todas as mulheres. Às que vieram antes de mim e tornaram tudo isso possível, que suportaram tantas lutas por todas nós. Às que dividem os espaços de luta comigo. Às que vierem depois. Vocês são a inspiração de todos os meus dias.

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar as decisões e pareceres preparados pela autoridade concorrencial brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) em casos que envolvam restrições verticais de exclusividade. Por meio do estudo dos argumentos utilizados para determinar a existência (ou a ausência) de caráter anticompetitivo nas práticas de exclusividade adotadas por agentes de mercado, busca-se compreender quais os elementos fundamentais para aferir a ilegalidade das condutas apuradas pelo Cade. As decisões são confrontadas com conceitos estabelecidos na doutrina antitruste em busca de critérios que possam guiar a atuação das empresas em relação a essas condutas. A análise tem por objetivo compreender em que medida a ilegalidade da conduta é ponderada (a) a partir da conduta ativa da empresa; e/ou (b) dos impactos da prática no cenário concorrencial em que se insere. Por fim, concluir-se-á que os critérios utilizados pela autoridade concorrencial sugerem que os agentes de mercado, ao adotar práticas que imponham restrições verticais de exclusividade, devem buscar conjugar um propósito legítimo e os meios proporcionais para realizá-lo.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência; Exclusividade; Condutas Unilaterais; Restrições Verticais; Abuso de Posição Dominante.

SUMÁRIO

Introdução	6
1. Condutas Unilaterais na legislação antitruste	9
1.1. Ilícitos na legislação antitruste	9
1.2. Tipos de ilícito (por objeto e por resultado) e métodos de análise (<i>per se</i> e regra da razão)	14
1.3. Perspectiva histórica das condutas unilaterais no direito concorrencial	18
2. Entendimento do Direito Antitruste sobre relações verticais de exclusividade	22
2.1. Considerações Sobre Posição Dominante	24
2.2. Considerações sobre Barreiras à Entrada	28
2.3. Efeitos (reais ou potenciais) da prática unilateral	30
3. Análise de Decisões do Cade	33
3.2.1 A medida preventiva imposta pela SDE no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.008678/2007 e a caracterização da ilicitude por efeitos	34
3.2.2 Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 e análise do Processo Administrativo nº 08012.003921/2005-10	40
3.1.3. Voto proferido pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10	50
3. Conclusões	61
3.1. Propósito legítimo e Meio Proporcional: Efeitos das Relações Verticais de Exclusividade	61
BIBLIOGRAFIA	65

INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência enfrenta diversos desafios relacionados à aplicação da lei antitruste. Muitos desses desafios advêm da necessidade de construir parâmetros para o *enforcement* das suas previsões, que são propositalmente amplas e propõem ao aplicador o desafio de determinar os critérios para aferir a ilegalidade de condutas potencialmente lesivas à concorrência.

Ainda que atualmente haja um grau elevado de consenso a respeito dos objetivos do direito da concorrência, a forma de aplicação de suas previsões normativas – abertas e imprecisas – continua a se mostrar um desafio para as autoridades concorrenciais¹.

Os ilícitos concorrenciais, conforme estabelecidos na legislação, poderiam abarcar uma infinidade de práticas que dizem respeito, na verdade, a práticas regulares de mercado. As previsões amplas e abrangentes da lei permitiriam que se punisse de forma injusta quase todas as relações estabelecidas entre agentes econômicos. Assim sendo, coube à jurisprudência antitruste restringir o escopo de aplicação da legislação concorrencial.

Os ilícitos concorrenciais se dividem em dois tipos de condutas: condutas horizontais, que dizem respeito a relações anticompetitivas entre concorrentes em um mesmo mercado relevante; e condutas verticais, que dizem respeito a relações com efeitos anticompetitivos entre agentes que pertencem a diferentes elos da cadeia produtiva e de distribuição.

Nota-se que para as condutas horizontais, especialmente práticas de cartel, há critérios mais claros que determinam a sua ilegalidade, ao menos em comparação com as infrações verticais. A mera existência de um acordo entre concorrentes é suficiente para a configuração de uma violação à legislação concorrencial. Isso não ocorre em relação às condutas verticais, cujo caráter anticompetitivo muitas vezes depende de fatores pouco objetivos e que podem ser confundidas com práticas lícitas de mercado.

Nesse sentido, as relações verticais, em especial aquelas de exclusividade, têm sido objeto de análise pelas autoridades concorrenciais ao redor do mundo. Essas relações se desenham em torno da linha tênue que separa as condutas consideradas violações concorrenciais, das condutas consideradas parte do regular funcionamento de mercado.

Historicamente, as relações verticais de exclusividade têm sido interpretadas de diversas maneiras pelo direito antitruste. Por vezes, sua mera existência foi considerada ilícita, enquanto em outros momentos foram entendidas como condutas cuja ilegalidade

¹ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p.1. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

precisaria ser aferida em cada situação concreta. A análise das relações verticais de exclusividade continua a se modificar conforme as práticas de mercado são atualizadas.

No cenário atual do direito antitruste, a ilegalidade das relações verticais de exclusividade se relaciona intrinsecamente com os efeitos causados por tais condutas – vez que hoje essas relações são categorizadas como ilícitos por efeitos e analisadas segundo a regra da razão. Dessa maneira, o juízo acerca da legalidade/ilegalidade dessas relações está ligado à forma como essas condutas afetam (ou podem afetar) o cenário concorrencial dos mercados em que se inserem.

Ocorre que não há testes perfeitos ou parâmetros estanques para definir de que forma serão avaliados esses efeitos (ou a sua potencialidade), de maneira que se faz necessário analisar os argumentos e critérios utilizados pelas autoridades concorrenciais – em especial a autoridade concorrencial brasileira, o Conselho Administrativo de Direito Econômico (Cade) – para caracterizar a ilegalidade de relações verticais de exclusividade. Para além disso, faz-se necessário entender o que diferencia as condutas consideradas lícitas daquelas vistas como lesivas à concorrência.

Este trabalho se propõe a estudar de que forma a autoridade concorrencial brasileira tem analisado as relações verticais de exclusividade e em que medida essas relações têm sido consideradas violações à ordem econômica. Isso se faz necessário, principalmente, no sentido de entender quais parâmetros devem pautar as condutas de empresas que estabelecem esse tipo de relação.

Mais especificamente, este trabalho visa, a partir do estudo dos argumentos utilizados em decisões do Cade e da literatura antitruste, entender (i) quais os parâmetros e métodos de análise mais adequados para julgar a legalidade/ilegalidade de relações verticais de exclusividade e (ii) em que medida esses argumentos estão relacionados ao bem jurídico tutelado pelo direito da concorrência. Nesse sentido, é importante notar que, para os fins da análise proposta acima, considera-se que o direito antitruste tem por objetivo tutelar o bem estar do consumidor – ou seja, seu direito a preços baixos, inovação e diversidade de produção que a concorrência deve proporcionar².

Em síntese, busca-se compreender, a partir da análise dos critérios que levam à conclusão de que uma conduta unilateral deve ser considerada anticompetitiva, entender, também, se os fins aos quais o direito da concorrência se propõe estão sendo levados em consideração na apuração de tais condutas. Para além disso, busca-se entender se, ao condenar

² HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p.1. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

condutas unilaterais, as autoridades concorrenciais buscam proteger a o ambiente competitivo ou a manutenção de determinados concorrentes em um mercado.

Por fim, concluir-se-á que é fundamental para análise de relações verticais de exclusividade que seja avaliado se (i) havia um propósito legítimo na ação do agente de mercado e (ii) os meios por ele empregados eram proporcionais ao fim que se pretendeu atingir.

O trabalho foi desenvolvido utilizando a Metodologia de Análise de Decisões³, que tem por objetivo verificar a coerência decisória em um contexto determinado previamente e produzir uma explicação do sentido das decisões a partir da interpretação do processo decisório. A metodologia se realiza a partir do mapeamento e estudo da literatura disponível acerca do tema a ser analisado, seguida pela identificação de uma questão-problema juridicamente relevante – neste caso os critérios utilizados pela autoridade concorrential brasileira para determinar o caráter anticompetitivo de condutas unilaterais de exclusividade – e de um recorte institucional (neste caso, o Cade).

Em seguida são escolhidas decisões a serem estudadas, com base em um critério delimitado pela pesquisadora – neste caso, algumas das decisões e pareceres elaborados pelo Cade em que se condenaram práticas unilaterais lastreadas em elementos estudados abaixo⁴. Por fim, delimitados os critérios postos acima, passa-se à análise do processo decisório, ou seja, dos subsídios que levaram a autoridade a tomar determinada decisão.

Ao analisar o processo decisório do Cade em casos de condutas verticais de exclusividade, é possível identificar de que maneira foram aplicados os conceitos-base do direito antitruste – tais quais abuso de posição dominante, criação de barreiras à entrada e fechamento de mercado. A observação da aplicação de conceitos tais quais os indicados aqui permitirão ter maior clareza a respeito dos elementos que levam a autoridade antitruste brasileira a considerar uma conduta unilateral de exclusividade como abuso de posição dominante – e, conseqüentemente, como uma violação à Lei de Defesa da Concorrência.

³ FILHO, Roberto F., LIMA, Thalita M.; Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Universitas Jus, UniCEUB, 2010. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206>. Acesso em 8 de março de 2017.

⁴ Conforme será detalhado no capítulo 3, foram selecionadas três decisões do Cade, dentre diversas relacionadas ao tema. Foram analisadas decisões e pareceres preparados por diferentes órgãos internos do Cade, com o objetivo de compreender (i) se há convergência no entendimento dos órgãos internos a respeito de práticas verticais de exclusividade e (ii) se houve mudança no entendimento da autoridade concorrential depois de vigente a Nova Lei de Defesa da Concorrência.

1. CONDUTAS UNILATERAIS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

1.1. Ilícitos na legislação antitruste

O direito antitruste executa duas formas de controle sobre a concorrência. A primeira forma de controle é preventiva, e se relaciona à análise das concentrações trazidas à atenção das autoridades. Por meio desse tipo de controle, o órgão regulador é capaz de estimar de quais maneiras uma operação pode afetar os mercados em que se insere e se é provável que tal operação venha a causar impactos negativos ao cenário concorrencial. Sendo esse o caso, é prerrogativa da autoridade concorrencial estabelecer remédios capazes de compensar eventuais prejuízos causados pela transação, de forma a permitir que a operação seja aprovada e levada adiante.

A segunda forma de controle é repressiva. Esta se relaciona com a aplicação de penalidades pela prática de condutas entendidas como ilícitas no âmbito do direito concorrencial. É função da autoridade concorrencial, portanto, identificar infrações à ordem econômica e aplicar sanções àqueles que, de forma ilícita, provocam desequilíbrios ao cenário concorrencial em que a conduta anticompetitiva se insere.

As previsões de ilícito nas legislações concorrenciais⁵ têm como característica um amplo campo de incidência – i.e. há uma infinidade de condutas empresariais que poderiam ser entendidas como ilícitas do ponto de vista concorrencial; bem como a ausência de conceitos e definições que permitam a sua aplicação precisa – ou seja, a simples subsunção da conduta à norma⁶⁷. Em relação às condutas unilaterais, há uma dificuldade ainda maior, vez que praticamente todas as condutas adotadas por um agente de mercado que dificultem a atuação de rivais poderiam ser entendidas como anticompetitivas⁸

Isso ocorre, principalmente, porque a aferição da ilicitude de condutas anticompetitivas depende, na larga maioria das situações, dos agentes econômicos praticantes de tais condutas, bem como das características dos mercados em que se inserem. Assim sendo, a criação de conceitos generalizados e o estabelecimento apriorístico da ilicitude de

⁵ Para esta análise foram consideradas as legislações brasileira, europeia e americana.

⁶ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, p. 93. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

⁷ FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, 4ª ed, p. 53. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

⁸ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p.151. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

práticas pelo legislador não seria adequada às peculiaridades das práticas de mercado abarcadas pelo direito antitruste.

Nesse sentido, recaiu sobre os aplicadores da legislação concorrencial a função de desenhar, a partir das decisões de casos concretos, parâmetros para o reconhecimento da ilicitude de determinadas condutas⁹. Ocorre que o estabelecimento de tais parâmetros não conta com cenários estáticos, mas sim com ambientes em constante mudança.

Importante ressaltar que atualmente há elevado grau de consenso a respeito dos propósitos de direito antitruste - i.e. a proteção de preços baixos, inovação e diversidade de oferta e de produtos, que geram bem estar para o consumidor final. No entanto, ainda há muita dúvida sobre a aplicação da legislação concorrencial, vez que seu arcabouço normativo é amplo e impreciso¹⁰.

Ressalta-se que por concorrência entende-se um cenário no qual os preços sejam suficientes para cobrir os custos incorridos pelo agente de mercado, mas não desproporcionalmente altos, e no qual os players tenham incentivos para buscar inovações. Por inovação entende-se não somente a criação de novas tecnologias, mas qualquer novo serviço, produto ou forma de produção e/ou comercialização capaz de aumentar as vendas realizadas por determinado agente¹¹.

Além disso, a dificuldade de percepção dos efeitos das práticas anticompetitivas torna a tarefa do *enforcement* da legislação antitruste ainda mais complexa, vez que os efeitos de tais condutas são de difícil percepção e prova.

Se isso é verdade em relação a condutas horizontais, tais quais práticas de cartel – que são silenciosas e, em geral, muito sofisticadas --, as condutas unilaterais trazem um desafio adicional aos operadores dessa seara do direito. Isso ocorre porque há uma “área cinzenta” sobre a anticompetitividade das práticas verticais em razão (i) de seus potenciais efeitos pró-competitivos; e (ii) das dificuldades de prova relacionadas a seus efeitos anticompetitivos.

Em relação ao ponto (ii), é necessário ressaltar que, conforme será demonstrado no item 1.2 abaixo, as condutas verticais são ilícitas por efeitos, o que exige que, para que sejam consideradas violações à ordem econômica, sejam comprovados seus efeitos anticompetitivos (ainda que potenciais).

⁹ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 1. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*, p. 13.

O direito antitruste é regulado, no Brasil, pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. A lei disciplina, em seu artigo 36¹², as condutas que deverão ser consideradas violações à ordem econômica. O artigo define, de forma ampla, quais comportamentos deverão ser considerados ilícitos, e, em seguida, apresenta uma lista não taxativa de práticas nocivas à concorrência.

¹² Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

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

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enquanto os incisos I a IV do artigo trazem previsões abstratas de violações, tratando de forma ampla as condutas que devem ser consideradas ilícitas, a lista exemplificativa contida nos incisos do parágrafo §3º apresenta previsões concretas que, ainda que não correspondam ao limite da aplicação da lei, norteiam a atuação do Cade.

Vale notar que a legislação concorrencial da União Europeia (i.e. os artigos 101 e 102 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia), de forma similar, apresenta listas exemplificativas de condutas que deverão ser entendidas como anticompetitivas. Em contraponto, a legislação americana (Sherman Act) se limita a definir, de forma aberta e abstrata, que práticas com objetivos anticompetitivos deverão ser punidas.

Anteriormente, a principal previsão normativa relacionada ao direito antitruste era a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, revogada pela Lei nº 12.529/2011. Os dispositivos dos artigos 21 e 22¹³ da Lei nº 8.884/94, similarmente à lei atual, se dividem em previsões amplas

¹³ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A parcela de mercado referida no parágrafo anterior é presumida como sendo da ordem de trinta por cento.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

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

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

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

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

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

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

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

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

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

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

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

de ilícitos concorrenciais e apresentam uma lista exemplificativa de condutas que devem ser consideradas violações à ordem econômica, respectivamente. Vale notar que as previsões normativas da nova Lei de Defesa da Concorrência se assemelha em muito à lei anterior, de forma que a jurisprudência estabelecida sob a vigência da Lei nº 8.884/94 continuou a ser aplicada pelo Cade, respeitadas as diferenças entre os dois diplomas legais¹⁴.

Os incisos I e III do artigo 36 são aplicáveis a condutas horizontais, enquanto os incisos II e IV se referem a práticas verticais. Ao determinar que a dominação de mercados relevantes e o abuso de posição dominante – exceto se a conquista de mercado se fundar em processo natural baseado na maior eficiência, conforme § 2º do mesmo artigo –, o legislador pretendeu coibir que agentes de mercado pudessem, isoladamente, distorcer o cenário competitivo¹⁵.

As legislações americana¹⁶ e da União Europeia¹⁷ trazem uma distinção mais clara entre as práticas verticais e os acordos horizontais. A Primeira Seção do Sherman Act tem por

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

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

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

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

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

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

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

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

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

¹⁴ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 91. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

¹⁵ Idem, p. 153.

¹⁶ Sherman Act.

¹⁷ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU), assinado em Roma, em 27 de Novembro de 2009, publicado no Jornal Oficial n.º C 290 de 30-11-2009.

objetivo proibir os acordos entre concorrentes¹⁸ - da mesma forma que faz o artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁹. A Segunda Seção do Sherman Act²⁰, bem como o artigo 102 do TFEU²¹, por sua vez, proíbem condutas que tenham como propósito o aumento ou a manutenção de posição dominante (no caso da legislação da União Europeia) ou poder de monopólio (termo usado na legislação americana). Assim, a delimitação entre condutas verticais e horizontais é mais clara nas legislações americana e europeia.

Ainda que a legislação brasileira não traga uma distinção tão evidente entre condutas verticais e horizontais, pode-se aplicar a ela tal classificação para melhor organizar as infrações à ordem econômica²², como tem sido feito pela jurisprudência. Conforme será visto abaixo, a classificação das violações em categorias distintas permite que seja feita uma avaliação de seus objetivos e, conseqüentemente, seja escolhido o melhor método de análise pela autoridade concorrencial.

1.2. Tipos de ilícito (por objeto e por efeitos) e métodos de análise (*per se* e regra da razão)

As infrações à ordem econômica podem ser divididas em duas categorias, quais sejam, (i) condutas ilícitas por objeto; e (ii) condutas ilícitas por efeitos. A primeira categoria se relaciona às violações que tem por objetivo restringir a concorrência, enquanto a segunda

¹⁸ Todo contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras é declarada ilegal. Tradução livre de “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”. Seção 1 do Sherman Act.

¹⁹ São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU), assinado em Roma, em 27 de Novembro de 2009, publicado no Jornal Oficial n.º C 290 de 30 de novembro de 2009.

²⁰ Toda a pessoa que monopolize ou tente monopolizar qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras será considerada culpada por um delito (...). Tradução livre de “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony (...)”

²¹ É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU), assinado em Roma, em 27 de Novembro de 2009, publicado no Jornal Oficial n.º C 290 de 30 de novembro de 2009.

²² NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 92. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

abarcas práticas que podem, mesmo que potencialmente, ter a restrição à concorrência como efeito (ainda que esse não seja seu objetivo primeiro)²³.

Ainda, nota-se que as práticas horizontais dizem respeito a condutas coordenadas entre agentes de um mesmo mercado relevante, enquanto as condutas verticais afetam elos de uma mesma cadeia de produção ou distribuição²⁴.

Exemplo clássico de práticas ilícitas por objeto é o cartel. O objetivo do conluio entre concorrentes para alterar artificialmente as condições do mercado, no âmbito desse tipo de conduta, é restringir a concorrência de forma a beneficiar-se. Por outro lado, são exemplos de práticas ilícitas por efeitos as condutas unilaterais – aquelas que, ainda que tenham precipuamente outro propósito, podem produzir efeitos negativos sobre os mercados em que se inserem.

A título exemplificativo, menciona-se que, em contratos de exclusividade (objeto do presente trabalho), a empresa que propõe o contrato declara ter por objetivo ganho de eficiências, redução de custos, desincentivo do efeito-carona ou qualquer outro benefício que traga racionalidade econômica para a prática. No entanto, a restrição de acesso a canais de distribuição e revenda, por exemplo, bem como o aumento excessivo dos custos de rivais, podem resultar, em última instância, em uma restrição ou bloqueio da concorrência.

Note-se que o artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), no qual são descritos os ilícitos concorrenciais, há menção às duas categorias de infração. Isso ocorre na medida em que o texto do dispositivo legal ressalta que constituem violações à ordem econômica atos que *tenham por objeto* – ilícitos por objeto -- ou *possam produzir* os efeitos ali descritos – ilícitos por efeitos -, *ainda que tais efeitos não sejam alcançados*²⁵.

Percebe-se, portanto, que há diferença nos elementos para a configuração das infrações pertencentes a cada categoria de ilícitos. Em relação aos ilícitos por objeto há uma presunção de ilicitude que dispensa, à priori, a análise dos efeitos da conduta. Será encargo do agente de mercado, a partir daí, demonstrar que a restrição à concorrência é “acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da

²³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Voto-vista do proferido no Processo Administrativo 08012.006923/2002-18 em 20 de fevereiro de 2013, na 16ª Sessão de Julgamentos do Cade. Ata publicada no Diário Oficial da União em 26 de fevereiro de 2013.

²⁴ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 92. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

²⁵ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

persecução desse objetivo principal superam os riscos detectadas à concorrência”²⁶. No que diz respeito aos ilícitos por efeitos é necessário demonstrar que da prática decorreram (ou poderiam ter decorrido) efeitos nocivos ao cenário competitivo.

Como consequência das especificidades dos elementos para a caracterização de cada uma das categorias de infração à ordem econômica, entendeu-se por bem adotar métodos de análise que melhor se adequassem a cada uma delas. Tais métodos são conhecidos como análise de ilícitos *per se* e análise de ilícitos segundo a regra da razão.

Conforme explicado acima, as violações por objeto têm como característica o fato de que sua mera existência é suficiente para que seja adotada presunção de ilicitude. Assim sendo, para que seja presumida a ilicitude da prática, é necessário apenas que se comprove sua ocorrência – ou seja, prescinde-se da aferição de efeitos danosos (efetivos ou potenciais). Por essa razão, os ilícitos por objeto devem ser analisados pelo método *per se* – que, em suma, é o método que permite que a autoridade concorrencial, a partir da presunção de ilicitude, transfira para o agente responsável pela prática o ônus de demonstrar sua licitude a partir de uma “defesa baseada em eficiências (ou seja, na comprovação de que há benefícios oriundos da prática que superem a restrição à concorrência)”²⁷.

A regra da razão, a seu turno, é o método que melhor se adequa à análise de violações por efeitos. Considerando que as violações por efeitos têm a restrição à concorrência como objetivo secundário, faz-se necessário avaliar os efeitos pró-competitivos do propósito precípua da prática e, mais que isso, aferir sua lesividade ao bem tutelado pelo direito da concorrência.

Em sentido contrário ao método de análise *per se*, a regra da razão afasta a presunção de ilegalidade da prática e passa a analisar seus resultados. Assim sendo, é necessário ir além da análise dos fatos e – considerando a dificuldade de prova de resultados de violações por efeitos – realizar diversos testes de mercado com o intuito de aferir a lesividade (efetiva ou potencial da conduta) e, em consequência, sua ilegalidade.

Nesse diapasão, a diferenciação do método de análise se relaciona intrinsecamente com o núcleo da ilegalidade da conduta. Ou seja, considerando que a ilegalidade de condutas que tem por objetivo primeiro restringir ou lesar a concorrência se centra nos fatos, o método de análise *per se* está centrado e limitado à análise desses. Por outro lado, visto que os fatos são insuficientes para caracterizar a ilegalidade de uma conduta ilícita por efeitos, concentra-

²⁶ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Voto-vista do proferido no Processo Administrativo 08012.006923/2002-18 em 20 de fevereiro de 2013, na 16ª Sessão de Julgamentos do Cade. Ata publicada no Diário Oficial da União em 26 de fevereiro de 2013.

²⁷ Idem.

se na análise – feita a partir de consultas e testes de mercado – nos efeitos lesivos (efetivos ou potenciais) de tais práticas. Importante mencionar que uma característica dos casos de condutas ilícitas por efeitos é os fatos estão às claras²⁸, sendo desnecessário focar-se em comprovar a ocorrência deles. Dessa maneira, é possível concentrar-se na análise das distorções ao regular funcionamento de mercado e os impactos ao bem estar do consumidor causados pela prática.

Vale notar que a análise segundo a regra da razão é resultado da necessidade de flexibilização das regras de proibição de práticas de concentração. Conforme explicado no item 1.1. acima, a legislação antitruste tem como característica previsões com um amplo campo de incidência, capazes de alcançar, inclusive, práticas comuns e inerentes ao regular funcionamento das forças de mercado. Nesse sentido, o Sherman Act²⁹ definiu como ilícitos (i) “quaisquer contratos, combinações em forma de truste ou outra qualquer, ou conspirações para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras”³⁰; e (ii) “qualquer pessoa que monopolize ou tente monopolizar qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras”³¹.

Em atenção às previsões do Sherman Act, e considerando que qualquer contrato resulta, em última instância, em limitações à concorrência, foi delegada às cortes americanas a função de estabelecer jurisprudência capaz de definir com maior precisão quais práticas de mercado seriam, de fato, ilícitas. A jurisprudência se estabeleceu no sentido de considerar lícitas práticas que (i) se inseriam no regular funcionamento das forças de mercado; ou (ii) eram capazes de trazer, como resultado, benefícios à sociedade ou ganhos significativos de eficiência, que compensariam eventuais restrições à concorrência. Ou seja, deveriam ser consideradas lícitas as práticas que tivessem um resultado líquido positivo (i.e. benefícios superiores a eventuais danos)³².

Este trabalho se propõe a estudar os argumentos utilizados pelas cortes, em especial pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para entender quais os parâmetros

²⁸ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p.151. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

²⁹ Sherman Act foi uma ato de regulação promulgado nos Estados Unidos em 1890, que tinha por objetivo criminalizar a proliferação exacerbada de trustes, concentrações e monopólios. O ato é considerado como a primeira lei antitruste de que se tem registro.

³⁰ Tradução livre de “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations”.

³¹ Tradução livre de “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations”.

³² MENDES, Francisco S., *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 8.5.2013. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, DF.

utilizados atualmente como norteadores da análise de relações verticais de exclusividade, e em que medida a ilegalidade dessas relações tem sido reconhecida com base na proteção do bem jurídico tutelado pelo direito da concorrência.

1.3. Perspectiva histórica das condutas unilaterais no direito concorrencial

Conforme já mencionado nos tópicos anteriores, muitas posturas distintas foram adotadas historicamente em relação às violações unilaterais à legislação antitruste. As violações concorrenciais relacionadas a restrições verticais tem seu histórico pautado, majoritariamente, nas escolas de pensamento americanas, descritas abaixo.

Três escolas de pensamento se destacam na construção histórica dos entendimentos a respeito dessa categoria de violações, todas relacionadas à chamada Escola de Chicago. Essas abordagens foram chamadas de (i) abordagem pré-Chicago, (ii) abordagem da escola de Chicago, e (iii) abordagem pós-Chicago – entendimento majoritário atual.

Para os teóricos da abordagem pré-Chicago, players que detêm posição dominante em um mercado sempre teriam incentivos para estender seu poder para outros mercados que estivessem verticalmente integrados – especialmente mercados a jusante – por meio de (i) preços de revenda³³, (ii) exclusividade territorial³⁴, e (iii) exclusividade de negociação³⁵. Esse ponto de vista tornou essas práticas ilegais *per se* e ficou conhecido como a “doutrina da vantagem”³⁶

Importante notar que os teóricos desta escola não se utilizavam de testes econômicos para aferir a ilegalidade das condutas unilaterais. As análises desenvolvidas no período em que predominou esse entendimento – desde o início do século XIX até 1875, aproximadamente – eram majoritariamente baseadas em critérios “intuitivos”. Esse entendimento foi aplicado pelas Cortes americanas durante esse período.

A respeito especificamente dos acordos verticais de exclusividade territorial, destaca-se que, a princípio, a prática era analisada segundo a regra da razão³⁷. No entanto, no julgamento do caso *United States v. Arnold Schwinn & Co* houve mudança de entendimento³⁸ e, a partir daí, os acordos dessa natureza passaram a ser considerados ilícitos por objeto e,

³³ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

³⁴ *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

³⁵ *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

³⁶ Tradução livre de “leverage doctrine”

³⁷ *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963).

³⁸ Evans, David S; Padilla, A. Jorge. Designing antitrust rules for unilateral practices: a neo-Chicago approach. CEMFI Working Paper No. 0417. Madrid, Spain, 2004.

portanto, passou a aplicar-se o método de análise de ilícitos *per se*³⁹. A decisão paradigmática que sugeria a análise de relações de exclusividade como ilícitos por objeto causou grandes desconfortos às instâncias inferiores do sistema legal americano, vez que os juízes tiveram que lidar com o desafio de flexibilizar a regra *per se* quando se viam confrontados com condutas que geravam benefícios sociais e eram inofensivas ao cenário concorrencial, mas que, em razão da decisão do caso Schwinn deveriam ser consideradas violações concorrenciais⁴⁰

A Escola de Chicago transformou radicalmente as visões do direito antitruste a respeito de condutas unilaterais. O entendimento desse conjunto de teóricos centrou-se no “teorema do lucro de monopolista em um único mercado”⁴¹. Segundo esse entendimento, um player que detém monopólio (ou posição dominante) em um mercado -- que constitui um elo da cadeia produtiva -- não teria incentivos para incorrer em práticas anticompetitivas com o objetivo de estender tal poder a outros mercados verticalmente integrados. Isso ocorre porque o player é capaz de praticar preços vantajosos no mercado em que detém monopólio (ou posição dominante), mas os preços competitivos dos outros elos da cadeia produtiva permitem que o preço final do produto não seja afetado. Assim, o produto final terá um preço competitivo, o que resultará em um maior número de vendas e, em última instância, em maior lucro para o monopolista em um único elo da cadeia⁴².

Além disso, vale destacar a atuação do Presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, Earl Warren entre 1953 e 1959. Durante esse período, as causas antitruste se tornaram favoráveis àqueles que representavam perante os tribunais, vez que o entendimento era de que se deveria proteger não apenas o bem estar do consumidor final (i.e. seu direito a preços baixos, inovação⁴³ e diversidade de produtos), mas também os pequenos produtores. Dessa maneira, muitas decisões da época consideraram práticas como anticompetitivas porque tinham como objetivo reduções de custos que faziam com que rivais que não

³⁹ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 188. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁴⁰ *Idem*, p. 189.

⁴¹ Tradução livre de “Single Monopoly Profit Theorem”.

⁴² Evans, David S; Padilla, A. Jorge. *Designing antitrust rules for unilateral practices: a neo-Chicago approach*. CEMFI Working Paper No. 0417. Madrid, Spain, 2004.

⁴³ Hovenkamp afirma que o conceito de inovação é fazer algo que os demais players não estão fazendo. A inovação pode consistir em uma infinidade de práticas, tais quais criar um novo produto ou processo, ou criar uma nova maneira de distribuir produtos ou prestar serviços já existentes. HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 96. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

conseguissem ser eficientes fossem retirados de mercado, ainda que o consumidor final fosse beneficiado por tais práticas⁴⁴.

A partir da mudança de entendimento sobre a probabilidade de que um player que detém posição dominante praticasse condutas unilaterais, as Cortes americanas deixaram de aplicar a análise per se a esses casos. Em 1977, a Suprema Corte Americana julgou um caso que marcou a virada do entendimento sobre práticas unilaterais, -- o “caso Sylvania”⁴⁵, que tratava de restrições territoriais impostas a distribuidores – e afastou a ilegalidade por objeto da prática, analisando-a, então, segundo a regra da razão.

A abordagem pós-Chicago, por sua vez, descartou o teorema do monopolista em um único mercado. Alguns economistas adotaram o entendimento de que haveria formas pelas quais os players que detêm posição dominante (ou poder de monopólio) em determinado mercado são capazes de afetar mercados adjacentes de maneira a reduzir o bem estar social, o que faria com que elas fossem consideradas anticompetitivas⁴⁶.

De acordo com essa abordagem, seria especialmente lucrativo que um player dominante expandisse seu poder para um mercado verticalmente integrado que estivesse sujeito a economias de escala, na medida em que a concorrência em tais mercados é imperfeita. Argumenta-se, ainda, que os players dominantes em um mercado teriam incentivos e possibilidades para promover o fechamento de mercados verticalmente integrados. Essas práticas teriam por objetivo (i) obter lucros adicionais, advindos do mercado adjacente; e/ou (ii) proteger a posição dominante no mercado inicialmente dominado.

A abordagem pós-Chicago originou os “teoremas de possibilidades”, que se fundam na suposição de que as práticas verticais de fechamento de mercado não geram reduções de custos de produção e transporte, conveniência aos consumidores finais, ou quaisquer outros benefícios. Ademais, tais condutas resultariam em uma redução no bem estar social se alguns parâmetros – estabelecidos em modelos que consideram a elasticidade da demanda, a dimensão dos custos fixos, entre outras variáveis – fossem alcançados⁴⁷.

É importante notar, a partir da perspectiva histórica da análise de práticas verticais de fechamento de mercado, o afastamento da presunção de ilegalidade, assim como a aproximação da aplicação de testes que permitem avaliar os efeitos das condutas sob escrutínio.

⁴⁴ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁴⁵ *Continental T.V. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

⁴⁶ Evans, David S; Padilla, A. Jorge. *Designing antitrust rules for unilateral practices: a neo-Chicago approach*. CEMFI Working Paper No. 0417. Madrid, Spain, 2004.

⁴⁷ *Idem*.

Conforme será discutido abaixo na análise das decisões proferidas pelo Cade, elementos muito importantes para avaliar se uma conduta unilateral tem ou não caráter anticompetitivo são (a) se o agente de mercado detém posição dominante, (b) se o mercado afetado pela prática tem altas barreiras à entrada e (c) se as barreiras à entrada foram criadas ou agravadas artificialmente pela conduta.

2. ENTENDIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE SOBRE RELAÇÕES VERTICAIS DE EXCLUSIVIDADE

Antes de passar ao estudo das decisões e pareceres elaborados pelo Cade e por seus órgãos internos, serão feitas algumas considerações sobre os elementos considerados para avaliar o potencial anticompetitivo das condutas. Muitos critérios são utilizados para determinar se há ou não caráter anticompetitivo em restrições verticais de exclusividade, de forma que, para desenvolver a análise proposta aqui, é necessário definir quais serão os parâmetros para aferir a anticompetitividade das práticas unilaterais.

O sacrifício do lucro imediato pelo de agente detentor de poder de mercado é, por vezes, utilizado como critério para determinar a ilicitude da conduta. Ocorre que (a) nem todas as práticas unilaterais exclusionárias requerem que o agente dominante sacrifique seus lucros; e (b) nem todos os sacrifícios de lucro imediato por um agente dominante derivam de conduta unilateral anticompetitiva⁴⁸.

Outra definição proposta para identificar abusos de posição dominante em práticas unilaterais é a seguinte: condutas que resultam em um aumento dos custos ou prejuízo à eficiência de rivais deveriam ser consideradas anticompetitivas. No entanto, há práticas exclusionárias que prescindem de ambos esses elementos, bem como há condutas pró-competitivas que implicam, colateralmente, em diminuição da eficiência de rivais ou no aumento de seus custos⁴⁹.

Uma definição mais apropriada, elaborada por Richard Posner, propõe que devem ser consideradas anticompetitivas as práticas capazes de retirar do mercado um rival tão ou mais competitivo que o agente que pratica tal conduta. Além desse critério, deve ser comprovado que o agente responsável pela prática é detentor de posição dominante⁵⁰. Ainda assim, Herbert Hovenkamp argumenta que essa definição não considera o fato de que agentes dominantes podem ter vantagens competitivas oriundas de economias de escala, de forma que seriam capazes de excluir rivais igualmente eficientes sem que, necessariamente, sua conduta fosse anticompetitiva^{51,52}.

⁴⁸ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 152. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ POSNER, Richard A.; *Antitrust Law*, p. 193. The University of Chicago Press, 2001.

⁵¹ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p.153. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁵² Hovenkamp também pondera que é imprescindível que seja analisada a capacidade da conduta de gerar benefícios (que devem ser proporcionais a eventuais danos) para o consumidor final para aferir a anticompetitividade de uma prática unilateral, o que não é considerado na definição proposta por Posner. Isso

A definição adotada por Hovenkamp para aferir a anticompetitividade de práticas unilaterais leva em consideração, simultaneamente, a capacidade da conduta de alargar o poder de mercado do agente por meio da imposição de limitações à atuação de concorrentes e os benefícios gerados para o consumidor final – contrastados com eventuais danos oriundos da prática. A proposta de Hovenkamp, detalhada no tópico 3.A abaixo, será utilizada neste trabalho como parâmetro, pois foi entendida como a definição mais completa e adequada para determinar a anticompetitividade de relações verticais de exclusividade⁵³.

Da análise da literatura acerca do tema, depreendeu-se que alguns conceitos são centrais para a aferição do caráter pró ou anticompetitivo de uma prática unilateral, quais sejam: a posição dominante do agente, as barreiras à entrada no mercado em questão e os efeitos (pró- e anticompetitivos) da prática. Esses conceitos são repetidamente mencionados na análise da autoridade concorrencial quando se trata de restrições verticais de exclusividade.

Inevitavelmente, os parâmetros propostos por Hovenkamp perpassam pela análise da posição dominante do agente – i.e. para determinar se a conduta será capaz de alargar seu poder de mercado, das barreiras à entrada presentes no mercado, para analisar eventuais danos causados pela conduta, e pelos efeitos da prática, para que esses possam ser ponderados afim de determinar se os benefícios são proporcionais a eventuais prejuízos.

Assim, foram estudadas decisões e pareceres elaborados pelo Tribunal Administrativo do Cade e pela Superintendência-Geral (antiga Secretaria de Direito Econômico, “SDE”), sob a vigência de diferentes Leis de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 e Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011).

Interessante notar que os conceitos mencionados acima são, inclusive, usados para avaliar a possibilidade de que operações de concentração causem danos à concorrência. No formulário utilizado para a notificação de atos de concentração ao Cade⁵⁴ são avaliados tanto o poder de mercado dos agentes que participarão da concentração - por meio da participação de mercado que esses detém⁵⁵, bem como por meio de perguntas a respeito de (i) sua relação com clientes e fornecedores; e (ii) a capacidade de seus concorrentes de rivalizar efetivamente com as empresas que realizarão a concentração.

ocorre porque muitas condutas que geram eficiências, como a inovação ou a redução de custos, acabam por afetar a atuação de rivais. Vide HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p.154. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁵³ Idem, p. 153.

⁵⁴ Vide Resolução nº 2 do Cade, de 29 de maio de 2012. A resolução estabelece quais informações deverão ser apresentadas à autoridade concorrencial para a análise de operações entre empresas.

⁵⁵ Vide Etapa VI do formulário de notificação de operações ao Cade, contido na Resolução nº 2 do Cade, de 29 de maio de 2012.

2.1. Considerações Sobre Posição Dominante

A posição dominante é um elemento importante para a caracterização de violações unilaterais às legislações concorrenciais. A constatação da posição dominante dos agentes de mercado pode ser feita com base (i) em parâmetros objetivos - ou seja, a participação de mercado do agente; ou (ii) em parâmetros subjetivos - ou seja, a capacidade do agente de alterar unilateral ou coordenadamente as condições daquele mercado.

As autoridades concorrenciais internacionais definiram parâmetros semelhantes para aferir a existência de posição dominante de um agente de mercado. A jurisprudência europeia e americana, no entanto, se limitaram ao critério subjetivo, enquanto o legislador brasileiro entendeu por bem estabelecer, complementarmente, um critério objetivo.

O artigo 102 do Tratado da Comissão Europeia (*Treaty on the Functioning of the European Union* - “TFEU”) prevê que “qualquer abuso perpetrado por um ou mais agentes que detiverem posição dominante em um mercado ou em grande parte dele deverá ser proibido”⁵⁶. No entanto, a legislação concursal europeia deixou em aberto o conceito de posição dominante.

A jurisprudência⁵⁷ da Comissão Europeia encarregou-se, então, de suprir a lacuna legislativa estabelecendo que um player detém posição dominante quando tem o poder de impedir a concorrência em determinado mercado relevante. Isso acontece em decorrência de sua capacidade de agir, em certa medida, independentemente de seus concorrentes, clientes e fornecedores⁵⁸.

O conceito de posição dominante mencionado acima foi alcançado no julgamento do Caso 27/76 (*United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*) e tem sido utilizado como paradigma desde então. Note-se que

⁵⁶ Tradução livre de “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited”. Artigo 102 do Tratado da Comissão Europeia.

⁵⁷ Vide Case 27/76 - *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, julgado em 14 de fevereiro de 1978.

⁵⁸ No caso em questão ficou definido “a posição dominante mencionada no artigo 86 [do Tratado da Comissão Europeia] (atual artigo 102 do TFEU) se relaciona ao poder de mercado detido por uma empresa o qual permite com que ela impeça a concorrência no mercado relevante em razão da capacidade que ela tem de agir em certa extensão independentemente de seus competidores, compradores e clientes”. Tradução livre de “[T]he dominant position referred to in article 86 relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers”. Vide Case 27/76 - *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, julgado em 14 de fevereiro de 1978.

essa definição tem sido aplicada pela autoridade concorrencial brasileira para a análise de condutas verticais⁵⁹.

A legislação concorrencial americana, ou mais especificamente, o Sherman Act condena, em seu parágrafo 2º, condutas que tenham por objetivo o monopólio de mercados. Herbert Hovankamp afirma que a “monopolização” é a violação antitruste com a definição mais incerta⁶⁰. No entanto, é essa previsão legislativa que dá origem à proibição do abuso de posição dominante (chamada de poder de monopólio) dentro do sistema antitruste americano.

De acordo com Hovenkamp, a violação de “monopolização” pode ser constatada a partir de dois elementos, quais sejam

“[o agente deve] 1. ser razoavelmente capaz de criar, ampliar, ou prolongar seu poder de monopólio ao limitar as oportunidades dos rivais; e
2. não beneficiar os consumidores de forma alguma, ou ser desnecessário para o benefício que foi gerado para o consumidor, ou produzir danos largamente desproporcionais aos benefícios gerados para o consumidor.”⁶¹

O Relatório do Departamento de Justiça Americano Sobre Condutas Unilaterais (*The DOJ's Single-Firm Conduct Report*)⁶² pode ser utilizado como referência para delimitar parâmetros que permitam aferir a existência de poder de monopólio. O Relatório (i) afirma que a parcela de mercado detida pelo agente não é determinante para aferir a existência de poder de monopólio, mas deve ser levada em consideração para a análise; e (ii) reconhece que a jurisprudência americana tem considerado ser necessário que um agente detenha pelo menos 50% de um mercado para que se constate seu poder de monopólio.

Além disso, o relatório afirma que os agentes detentores de poder de monopólio são aqueles capazes de reduzir a oferta e cobrar preços mais altos do que aqueles que seriam cobrados em condições competitivas⁶³.

⁵⁹ Vide SUPERINTENDÊNCIA-GERAL do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 343/2013, contida nos autos do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27; e FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em [], na [] Sessão de Julgamentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em []

⁶⁰ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 150. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁶¹ Idem. p. 152.

⁶² Vide Relatório do Departamento de Justiça Americano Sobre Condutas Unilaterais (*The DOJ's Single-Firm Conduct Report: Promoting Consumer Welfare Through Clearer Standards for Section 2 of the Sherman Act*), disponível em <<https://www.justice.gov/atr/dojs-single-firm-conduct-report-promoting-consumer-welfare-through-clearer-standards-section-2>>. Acesso em 7 de março de 2017.

⁶³ “[f]irms possessing monopoly power can reduce output and charge higher prices than would prevail under competitive conditions and thereby harm consumers” Vide p. 9 do Relatório do Departamento de Justiça Americano Sobre Condutas Unilaterais (*The DOJ's Single-Firm Conduct Report: Promoting Consumer Welfare Through Clearer Standards for Section 2 of the Sherman Act*), disponível em <<https://www.justice.gov/atr/dojs->

Similarmente, Caio Mário da Silva Neto define um agente com poder de mercado como aquele que “consegue agir com certa indiferença a seus concorrentes, cobrando preços acima dos níveis que seriam praticados num mercado competitivo”⁶⁴. Paula A. Forgioni, por sua vez, ensina que “o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores”⁶⁵.

A Lei de Defesa da Concorrência Brasileira estabelece, em seu artigo 36, §2º, que um agente de mercado terá sua posição dominante presumida sempre que detiver parcela igual ou superior a 20% (podendo esse percentual ser flexibilizado pelo Cade em casos específicos) ou quando for capaz de alterar unilateralmente ou de forma coordenada as condições desse mercado⁶⁶.

Assim sendo, a Lei de Defesa da Concorrência combina o critério objetivo (a participação de mercado do agente) com o critério subjetivo (a capacidade do agente de alterar unilateralmente o cenário concorrencial). Nota-se que, conforme será demonstrado abaixo, a conjugação dos dois critérios permite que a autoridade concorrencial não precise fazer considerações detidas a respeito da existência de posição dominante de um agente de mercado quando uma conduta parecer nociva à concorrência.

Vale mencionar que a decisão de adotar um critério objetivo com base na participação de mercado para aferir a posição dominante de um agente se relaciona com o fato de que empresas de pequeno porte não são capazes de, unilateralmente, alterar o cenário competitivo⁶⁷. Ainda que um player de pequeno porte tome medidas que visem o fechamento de mercado e a exclusão de rivais, é improvável que a prática seja capaz de causar algum impacto ao mercado em que ele se insere, caso sua participação seja reduzida.

Assim, é possível notar que neste ponto as violações concorrenciais unilaterais são consideradas como ilícitos por objeto porque a sua mera existência não é (necessariamente)

[single-firm-conduct-report-promoting-consumer-welfare-through-clearer-standards-section-2](#)>. Acesso em 7 de março de 2017.

⁶⁴ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 134. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

⁶⁵ FORGIONI, Paula A., Os Fundamentos do Antitruste, 4ª ed, p. 274. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

⁶⁶ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011).

⁶⁷ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação p. 135. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

lesiva à concorrência. É necessário que a conduta seja capaz de gerar algum resultado – ainda que potencial – para que possa ser considerada anticompetitiva, o que não ocorre no caso de players que não tenham uma parcela significativa do mercado e, portanto, não gozem de posição dominante.

De outro lado, também é possível analisar mercados em que players que detêm elevadas participações de mercado são incapazes de alterar unilateralmente o cenário competitivo. Nas ocasiões em que isso acontece, não é possível afirmar que o agente em questão detém posição dominante, situação em que o critério objetivo seria flexibilizado.

Dessa maneira, é possível perceber que prevalece, mesmo no direito antitruste brasileiro, o critério subjetivo sobre o objetivo. A existência ou não de posição dominante de um agente de mercado deve ser analisada levando-se em consideração, principalmente, a sua capacidade de alterar unilateralmente o cenário concorrencial do mercado em que se insere. Além disso, entende-se que o agente que detém posição dominante está menos sujeito – se não imune – a pressões exercidas por concorrentes, e consegue atuar de forma relativamente independente de seus clientes, fornecedores e rivais.

A respeito da relação entre o poder de mercado do agente e a conduta praticada, Hovenkamp nota que, ainda que haja uma tendência de separar os dois elementos, há uma relação inegável entre eles. Isso ocorre porque, para o sucesso de determinadas práticas unilaterais anticompetitivas, é necessário deter participação de mercado muito superior do que para outras⁶⁸.

Por fim, é importante ponderar que a legislação brasileira não condena que um agente de mercado detenha posição dominante. A conquista de mercado por meios legítimos é, inclusive, entendida como sinal de eficiência dos agentes e incentivada pela Lei de Defesa da Concorrência, conforme artigo 36, § 1º, da Lei nº 12.5209, de 30 de novembro de 2011⁶⁹. Nesse sentido, é possível perceber que as condutas unilaterais que visam a conquista de mercado poderão, em alguma medida, ser entendidas como pró-competitivas.

⁶⁸ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 158. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁶⁹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. Vide Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

2.2. Considerações sobre Barreiras à Entrada

A existência de barreiras à entrada se relaciona largamente à ideia de posição dominante. Em mercados nos quais há baixas barreiras há entradas (ou quando não há nenhuma), os agentes serão incapazes - ou terão dificuldade muito maior - para manter sua posição dominante caso imponham condições desfavoráveis a seus clientes e fornecedores, ainda que detenham parcela considerável daquele mercado. Isso ocorre porque, quando não há barreiras à entrada, condições desfavoráveis permitem e incentivam que novos agentes entrem no mercado em um curto espaço de tempo. Além disso, é provável que os novos agentes sejam capazes de exercer rivalidade efetiva e conquistar parcela do mercado.

Em sentido contrário, em relação a mercados com altas barreiras à entrada é possível inferir que um agente detém posição dominante de maneira objetiva. Herbert Hovenkamp entende que, nesses mercados, é possível afirmar a posição dominante de um agente caso seja constatado que (a) ele detém parcela considerável do mercado (para os critérios da legislação brasileira, pelo menos 20%); e (ii) não há competição agressiva entre tal agente e os demais players naquele mercado⁷⁰. A relação entre barreiras à entrada e posição dominante é especialmente importante em se tratando de condutas unilaterais exclusionárias, uma vez que a conjugação desses fatores pode ser determinante para aferir o caráter anticompetitivo da conduta.

Muitos fatores podem ser entendidos como barreiras à entrada⁷¹, e não há consenso entre os doutrinadores do direito concorrencial sobre quais elementos devem ser incluídos nesse leque e quais deverão ser desconsiderados. No entanto, este trabalho se apoiará na definição que não considera as economias de escala como barreira à entrada de novos player, e as define como “um custo de produzir (a algum ou a qualquer nível de oferta) que deverá ser suportado por empresas que buscam entrar em um mercado mas não é suportado por empresas que já atuam em tal mercado”⁷².

⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁷¹ Nota-se, por exemplo, que a Escola de Chicago não considera as economias de escala como barreiras à entrada, pois entende que essas permitem que grandes players tenham custos diminuídos e impeçam que agentes de menor porte exerçam rivalidade. A Escola de Harvard, por outro lado, entende que as economias de escala devem, sim, ser entendidas como barreiras à entrada. (Vide HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006, p. 102). Outro exemplo da ausência de consenso é o fato de que alguns doutrinadores incluem marketing e propaganda como barreiras à entrada, ao passo que outros consideram essa possibilidade como uma distorção (vide POSNER, Richard A.; *Antitrust Law*. The University of Chicago Press, 2001, p. 103)

⁷² Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 103.. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

Além do custo, o risco de entrada também poderia ser considerado uma barreira à entrada. Esse raciocínio se fundamenta na ideia de que uma empresa que atua em determinado mercado não tem mais que suportá-lo, enquanto um novo entrante terá de fazê-lo. Um risco alto de entrada seria capaz, então, de dissuadir empresas da tentativa de se colocar em novos mercados, conferindo poder aos agentes já estabelecidos, ainda que esses agentes imponham condições desfavoráveis a seus clientes e fornecedores.

De outro lado, a Teoria Econômica da Regulação, de George J. Stigler, entende que incluir os riscos, bem como as economias de escala, no bojo das barreiras à entrada poderia levar a um aumento na regulação dos mercados. Isso, em última instância, implicaria na punição de agentes eficientes de mercado, que (i) suportaram os custos; e (ii) assumiram os riscos de entrada e tiveram sucesso em razão da ausência de eficiência dos players que falharam ao tentar fazê-lo.

Depois de assentadas as definições conceituais relacionadas às barreiras à entrada, passa-se a analisar a sua relação com o objeto deste trabalho, o entendimento da autoridade concorrencial brasileira a respeito de relações verticais de exclusividade.

A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência estabelece, em seu artigo 36, que serão entendidas como violações à ordem econômica condutas que tenham por objetivo (i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado⁷³; (ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços⁷⁴; e (iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição⁷⁵.

Todas as condutas mencionadas no parágrafo anterior se relacionam, em alguma medida, à criação ou elevação de barreiras ou limitações (a) à entrada de novos concorrentes em determinados mercados ou (b) à atuação de concorrentes em mercados nos quais já estão estabelecidos.

As relações de exclusividade estabelecidas ao longo de uma cadeia produtiva ou de distribuição implicam, necessariamente, na restrição do acesso de outros concorrentes, fornecedores ou clientes a um agente de mercado. Nesse sentido, o estabelecimento de relações verticais de exclusividade é capaz de (i) ocasionar fechamento de mercado, vez que impede outros agentes de acessar o player com quem se estabelece tal relação; e/ou (ii) elevação dos custos de rivais ao restringir sua atuação naquele mercado por meio da

⁷³ Vide artigo 36, §3º, III, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

⁷⁴ Vide artigo 36, §3º, IV, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

⁷⁵ Vide artigo 36, §3º, V, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

restrição imposta. Nesse sentido, as relações verticais de exclusividade seriam passíveis de enquadramento em qualquer dos dispositivos legais mencionados acima, caso fossem consideradas anticompetitivas⁷⁶.

Argumenta-se que as relações de exclusividade podem aumentar artificialmente as barreiras à entrada e ocasionar fechamento de mercados por meio do aumento de custos de rivais da seguinte maneira: a partir do momento em que se assume um compromisso de exclusividade, o agente verticalmente relacionado - à jusante, por exemplo - é retirado do mercado em que se insere. Assim, os seus concorrentes naquele mercado tenderão a aumentar seus custos - vez que a concorrência foi reduzida - o que implicaria, em última instância, no aumento dos custos para entrar e permanecer no mercado à montante. Em situações mais extremas, um acordo de exclusividade poderia implicar na restrição total de acesso, pelos demais players, a um canal de fornecimento, insumo ou distribuição⁷⁷.

O bloqueio integral do acesso de concorrentes a determinado canal de distribuição ou insumo pode implicar na necessidade de que novos players sejam obrigados a viabilizar alternativas que não estavam disponíveis, o que resultaria em um aumento dos custos de rivais. Isso ocorreria, por exemplo no caso de haver necessidade de (i) instalação de uma nova rede de distribuição ou (ii) de importação de insumos quando os fornecedores locais estiverem vinculados a pactos de exclusividade.

De outro lado, pode-se argumentar que a exclusividade não necessariamente implica no aumento de custos de rivais, visto que a competição entre os players remanescentes no mercado verticalmente relacionado pode ser suficiente para que não haja elevação de preços. Não havendo elevação de preços no mercado verticalmente relacionado, os custos de entrada permaneceriam os mesmos e o cenário concorrencial seria preservado.

A incerteza sobre os impactos concorrenciais das condutas unilaterais faz com que a sua potencialidade anticompetitiva precise ser analisada em cada caso concreto.

2.3. Efeitos (reais ou potenciais) da prática unilateral

Para que uma conduta unilateral seja considerada anticompetitiva - e, por consequência, ilícita - é necessário que ela, concomitantemente (a) crie, eleve ou prolongue o poder de mercado do agente (ou tenha potencial substancial para fazê-lo) e (b) cause dano a pelo menos um grupo integrante do mercado em que se insere sem justificativas plausíveis

⁷⁶ FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*, p. 85. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

⁷⁷ *Idem*, p. 165.

para tanto. Além disso, a prática também deve ser passível de correção por meio do sistema antitruste⁷⁸.

O item (b) pode ser reinterpretado como a análise da capacidade da prática de causar danos sem gerar benefícios proporcionais que justifiquem tais danos. Esse é um requisito essencial para a caracterização do ilícito concorrencial, vez que (i) uma prática que afete rivais mas produza benefícios equivalentes – ou superiores – aos prejuízos não deverá ser considerada anticompetitiva e (ii) muitas práticas pró competitivas tem por efeito a criação, o alargamento ou o prolongamento do poder de mercado do agente, de forma que (a) não pode ser avaliado sem (b)⁷⁹.

Dessa forma, é indispensável que sejam analisados os efeitos (positivos e negativos) das relações verticais de exclusividade para entender em que medida tais condutas devem ser consideradas anticompetitivas. No entanto, esse se mostra como o maior desafio na apuração da ilegalidade de práticas anticompetitivas, vez que mensurar tais efeitos requer um exercício elaborado por parte das autoridades concorrenciais, em especial quando se trata de efeitos potenciais.

Para Caio Mário, que define as condutas unilaterais anticompetitivas como aquelas que tenham um efeito líquido negativo⁸⁰, a análise desse tipo de prática deverá se pautar pelos seguintes princípios: (i) devem ser ponderados efeitos positivos e negativos, e não se deve avaliar a conduta por meio de regras *per se* ou pelo seu objeto; (ii) a análise deve se focar nos efeitos de fechamento de mercado, (iii) deve ser utilizado o padrão do competidor igualmente eficiente para avaliar os efeitos da prática sobre rivais e (iv) o dano ao consumidor deverá ser demonstrado na medida em que os efeitos anticompetitivos das restrições não forem objetivamente justificados ou compensados por eficiências⁸¹.

Os parâmetros de análise de efeitos propostos por Caio Mário se coadunam com aqueles propostos por Herbert Hovenkamp, utilizados neste estudo, vez que propõem a avaliação da proporcionalidade dos benefícios e danos oriundos da conduta. Além disso, vale notar que Caio Mário observa que a legislação brasileira⁸² e a jurisprudência estabeleceram

⁷⁸ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 104. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

⁷⁹ *Idem*, p. 175.

⁸⁰ “Busca-se, assim, identificar que práticas produzem efeitos líquidos negativos sobre o bem estar do consumidor (i.e., práticas em que os efeitos negativos superam os positivos)”. Vide NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, p. 141. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

⁸¹ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, p. 142. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

⁸² São mencionadas por a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e a Resolução nº 20, de 9 de julho de 1999.

que a análise de condutas unilaterais deverá ser realizada em três etapas, quais sejam: (i) verificação de posição dominante do agente que pratica a conduta sob investigação, (ii) demonstração da racionalidade econômica fechamento de mercado e (iii) contraposição de efeitos negativos e positivos da prática que se analisa.

Assim, os efeitos, ainda que potenciais, gerados pela conduta seriam a etapa final da investigação conduzida pela autoridade concorrencial. Ainda que todos os outros parâmetros sejam alcançados, se a prática não for capaz de produzir impactos negativos para o cenário concorrencial, é impensável opinar por sua ilegalidade. Isso porque, conforme já exaustivamente explicado, as práticas unilaterais devem ser entendidas como ilícitas por efeitos, i.e. só se tornam violações à ordem concorrencial a partir do momento em que prejudicam o bem estar do consumidor injustificada e desproporcionalmente.

Nos casos analisados no capítulo 3 abaixo, buscou-se compreender em que medida os efeitos das condutas unilaterais – aliados aos outros elementos já mencionados acima – interferem na formação do convencimento da autoridade concorrencial a respeito da ilegalidade de relações de exclusividade. Ainda, procurou-se compreender de que forma são mensurados os efeitos negativos e positivos das práticas, e se há tentativa de fazer uma compensação entre tais efeitos.

Depois de feitas as considerações entendidas como necessárias acerca dos elementos que, de acordo com a literatura relacionada ao direito antitruste, são fundamentais para a análise de condutas unilaterais, procede-se ao estudo da argumentação das decisões do Cade.

3. ANÁLISE DE DECISÕES DO CADE

Serão analisadas abaixo algumas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Entre as decisões estão pareceres elaborados pela Superintendência-Geral (antiga Secretaria de Direito Econômico - "SDE") e votos de Conselheiros no âmbito de Processos Administrativos que investigaram condutas unilaterais relacionadas a relações verticais de exclusividade.

Conforme indicado no item 1.2. acima, este trabalho se propõe a estudar as decisões do Cade para entender os argumentos e métodos de análise das condutas percebidas como lesivas à concorrência. Nesse sentido, o objetivo deste tópico é compreender quais características das relações de exclusividade são interpretados pela autoridade concorrencial como elementos para que tais relações sejam consideradas como violações à ordem econômica.

Assim, foram estudadas duas decisões e um parecer preparados por órgãos do Cade, quais sejam (i) uma decisão e um parecer elaborados pelo órgão investigativo, a Superintendência-Geral (nova denominação da Secretaria de Direito Econômico), sendo uma sob a vigência da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e outra na vigência da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e (ii) uma decisão proferida pelo Tribunal Administrativo do Cade.

Dentre as decisões proferidas pelo Cade a respeito de práticas relacionadas a exclusividade, foram escolhidas três, das quais dois são pareceres preparados pelos órgãos investigativos e uma é um voto preparado pelo Conselheiro Fernando Magalhães Furlan e levado a julgamento perante o Tribunal Administrativo do Cade. Foram selecionadas tais decisões com o objetivo de demonstrar o entendimento de diferentes instâncias da autoridade concorrencial e compreender se há convergência entre eles. Além disso, buscou-se compreender se houve mudança no entendimento do Cade sobre as condutas unilaterais relacionadas a acordos de exclusividade na vigência das diferentes Leis de Defesa da Concorrência que vigoram no Brasil.

Além disso, foram selecionadas decisões em que é possível perceber com algum grau de clareza os elementos utilizados para que se chegasse a uma conclusão a respeito da anticompetitividade da conduta analisada. Ainda, buscou-se decisões em que os critérios tratados nos itens 2.1, 2.2 e 2.3 pudessem ser vislumbrados, visto que este estudo se baseia, majoritariamente, em tais critérios. Isso ocorre porque, conforme demonstrado acima, a

doutrina do direito concorrencial relacionada à análise de condutas unilaterais se alicerça, em grande medida, nesses elementos para aferir a legalidade ou a ilegalidade de tais práticas.

3.2.1 A medida preventiva imposta pela SDE no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.008678/2007 e a caracterização da ilicitude por efeitos

Abaixo será realizada a análise da decisão proferida pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) no Processo Administrativo nº 08012.008678/2007, sob a vigência da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. A decisão diz respeito à concessão de uma medida preventiva que tem por objetivo anular obrigações de exclusividade impostas pela Construtora Norberto Odebrecht S.A. (“Odebrecht”) a fornecedores de equipamento, conforme será detalhado abaixo.

De início, é interessante ressaltar novamente que as relações verticais de exclusividade se inserem na categoria de ilícitos por efeitos e, por isso, seu potencial lesivo se relaciona aos efeitos da prática. Exemplo interessante dessa distinção é o parecer da Secretaria de Direito Econômico, exarado no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.008678/2007⁸³. No âmbito desse procedimento foram analisadas obrigações de exclusividade idênticas, impostas pela mesma empresa, a players inseridos em mercados distintos. Ocorre que, após analisar as relações de exclusividade, a SDE concluiu que as obrigações de exclusividade, quando impostas em determinado cenário, seriam lícitas, enquanto em um setor com características diversas elas caracterizariam uma violação à legislação antitruste, como se verá abaixo.

O Procedimento Administrativo foi instaurado com o intuito de investigar contratos de exclusividade e de não-concorrência firmados pela Odebrecht com (i) fornecedores de equipamentos elétricos e hidromecânicos; e (ii) fornecedores de geradores e turbinas bulbo⁸⁴. Os contratos se relacionavam especificamente à construção das usinas hidrelétricas Santo Antônio e Jirau, no Rio Madeira. A Odebrecht pretendia participar da licitação para a construção das duas usinas em consórcio com a empresa Furnas⁸⁵, integrante do Grupo Eletrobras.

Em fase preliminar da elaboração do projeto a ser apresentado pelo consórcio no âmbito do leilão, a Odebrecht consultou diversos fornecedores de equipamentos elétricos e

⁸³ Vide p. 760 a 790 do Procedimento Administrativo no 08012.008678/2007.

⁸⁴ Note-se que o Procedimento Administrativo também investigou contratos firmados pela Odebrecht com bancos privados e seguradoras. No entanto, a análise a ser desenvolvida pretende se debruçar apenas sobre contratos executados com fornecedores de equipamentos.

⁸⁵ As empresas formaram o Consórcio Odebrecht.

hidromecânicos e fornecedores de geradores de turbinas bulbo. Em conjunto com os fornecedores, desenvolveu trabalhos de pré-engenharia e, além disso, foram firmados contratos que estabeleciam diversas obrigações.

Os contratos, firmados com players que têm atuação significativa nos setores mencionados acima, estabeleciam obrigações de não-concorrência – na medida em que impediam que as empresas se associassem a outros consórcios que apresentariam propostas para a construção das usinas – e de exclusividade – na medida em que impediam o fornecimento de equipamentos para outros consórcios, ainda que o Consórcio Odebrecht não fosse vencedor do leilão.

Note-se que, em alguns casos, a obrigação de exclusividade se aplicava não somente à empresa que havia firmado o contrato, mas a todas as empresas do seu grupo econômico. Isso ocorreu especificamente em relação a empresas pertencentes a grandes grupos econômicos, que detinham outras empresas capazes de estabelecer relações de negócios com o consórcio que eventualmente se sagra-se vencedor do certame.

A justificativa econômica das obrigações propostas se fundou na necessidade de repartição de riscos e na existência de outros players aptos a fornecer os equipamentos necessários para a execução da obra.

Com o intuito de aferir a lesividade da conduta, a SDE realizou diligências que se relacionavam principalmente à capacidade de outros fornecedores de suprir a demanda de equipamentos necessários para a execução da obra. A análise da capacidade de fornecedores que não estão vinculados a obrigações de exclusividade se relaciona à avaliação do potencial de fechamento de mercado das relações verticais.

Depois de analisar (i) quantos/quais players estariam adstritos às obrigações contratuais impostas pela Odebrecht; e (ii) a capacidade dos players que poderiam fornecer equipamentos a outras empresas que eventualmente vencessem a licitação, a SDE entendeu que não haveria indícios de prática anticompetitiva decorrente dos contratos firmados entre o Consórcio Odebrecht e os fornecedores de equipamentos elétricos e hidromecânicos.

A conclusão deriva do entendimento de que muitos equipamentos elétricos seriam utilizados para a construção de um empreendimento do porte das hidrelétricas. Nesse sentido, o setor de equipamentos elétricos seria composto por muitos players, de forma que, ainda que alguns deles estejam vinculados a obrigações de exclusividade, haveria outros capazes de suprir a demanda relacionada à construção das usinas⁸⁶.

⁸⁶ Ainda que não houvesse indícios suficientes para configurar infração a ordem econômica, a SDE sugeriu a abertura de processo administrativo para investigar os contratos e seus efeitos.

Em relação aos contratos firmados pela Odebrecht com fornecedores de geradores e turbinas bulbo, a SDE realizou análise mais detalhada do cenário concorrencial em que se inserem tais contratos.

A análise da SDE avaliou, além do número de players e de sua capacidade, a viabilidade de que fossem realizadas importações para suprir a demanda de equipamentos elétricos e hidromecânicos e de geradores e turbinas bulbo. No entanto, concluiu que a importação desses equipamentos implicaria em custos que tornariam concorrencialmente desvantajosa⁸⁷ a proposta a ser feita por empresa que dependesse de importações de produtos. Dessa forma, a análise de fechamento de mercado foi realizada tomando em conta apenas o mercado nacional.

É importante mencionar que, de acordo com a literatura antitruste e em linha com o argumento da SDE no sentido de desconsiderar as importações como meio competitivo de fornecimento dos produtos em questão, práticas exclusionárias não necessariamente vislumbram a retirada dos concorrentes do mercado como meio de fechamento de mercado. O fechamento de mercado também poderia ser ocasionado pela necessidade de adoção de meios alternativos de fornecimento, que aumentariam os custos de rivais. Neste caso, as importações, se entendidas como meio alternativo de fornecimento, também poderiam resultar em fechamento de mercados⁸⁸.

Foram analisadas, também, as barreiras à entrada de empresa estrangeira que eventualmente vencesse o leilão. Foi constatado que o tempo para execução da construção das usinas (cinco anos) era uma barreira para que uma empresa estrangeira estabelecesse uma planta no país e, portanto, a entrada de novos players não foi considerada como elemento capaz de impedir o fechamento de mercado.

A SDE concluiu, em seu parecer, que haveria fortes indícios de infração à ordem econômica em decorrência das obrigações impostas pela Odebrecht aos fornecedores de geradores e turbinas bulbo. O entendimento se baseou no fato de que quatro das oito empresas fornecedoras desses produtos haviam firmado contratos de exclusividade com a Odebrecht. Além disso, todas as empresas que não haviam firmado contratos com a Odebrecht não possuíam planta fabril no Brasil.

⁸⁷Em sua análise, a SDE considerou que as empresas que importassem os equipamentos (i) teriam condições menos vantajosas para obter financiamento junto a bancos públicos (especificamente junto ao BNDES); (ii) seriam prejudicadas pela variação cambial; (iii) teriam que suportar o custo adicional da alíquota de importação; e (iv) teria custos adicionais com a logística de importação. Todos esses elementos seriam capazes de impactar o preço da proposta a ser apresentada no certame.

⁸⁸Hovenkamp, H. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice. West Publishing: Saint Paul, Minesotta, 1999, p. 431.

Em relação a esse ponto, faz-se necessário ressaltar que a análise realizada pela SDE concluiu que dois elementos são necessários para que um player seja capaz de suprir a demanda de geradores e turbinas bulbo para a construção das usinas, quais sejam (i) planta fabril no Brasil; e (ii) tecnologia necessária para a fabricação dos produtos. A ausência de qualquer um dos dois requisitos impediria que o player fosse efetivamente capaz de atuar como fornecedor do consórcio vencedor do leilão.

Como consequência da presença de indícios de infração à ordem econômica, a SDE sugeriu que fosse imposta medida preventiva com o intuito de anular as obrigações de não-concorrência e de exclusividade. A imposição da medida se justificaria pela urgência temporal que levaria à concretização das vantagens obtidas artificialmente pela Odebrecht, caso o certame fosse realizado antes de tomadas providências pelo Cade.

Depois de feito um breve resumo a respeito do caso sob análise, passa-se a avaliar se foram concluídas todas as etapas de análise que deverão ser consideradas pela autoridade concorrencial⁸⁹. Nota-se que não foram tecidas considerações acerca da posição dominante da Odebrecht. No entanto, a etapa seguinte, que se relaciona à racionalidade por trás do fechamento de mercado, foi cumprida, vez que a maior parte da análise se baseia no potencial fechamento de mercado ocasionado pela conduta. Não foram feitas maiores considerações a respeito da compensação ou justificativa de efeitos negativos oriundos da prática.

A partir da análise do parecer em questão é possível compreender de que forma a mesma conduta, i.e. a imposição de uma obrigação de exclusividade, pode ter consequências diversas em diferentes cenários concorrências. Assim sendo, as mesmas obrigações de exclusividade são capazes de (i) ocasionar fechamento de mercado, fazendo com que a prática se torne anticompetitiva; ou (ii) ser entendida como prática inerente ao regular funcionamento do mercado.

Nesse sentido, é possível perceber que, quando se trata de relações verticais de exclusividade, as características da prática em si não são necessariamente o ponto central da análise do Cade. No parecer em comento é possível perceber como os efeitos da relação vertical – que variam a depender do contexto em que estão inseridos – são utilizados para aferir a (i) legalidade da prática investigada.

Aqui destaca-se a importância das barreiras à entrada na avaliação do Cade a respeito do potencial lesivo da conduta. Além disso, a ausência de agentes de mercado que (a)

⁸⁹ Para tanto serão utilizadas as etapas delimitadas por Caio Mário, já mencionadas no tópico 2.3 deste trabalho. Vide NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 142. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

estivessem desvinculados do compromisso de exclusividade e (b) fossem capazes de suprir a demanda caso outra empresa se sagra-se vencedora no certame, foram fatores determinantes para que a autoridade concorrencial chegasse à conclusão de que a prática prejudicaria o ambiente competitivo.

Percebe-se que a ilegalidade da prática depende não apenas da conduta do agente de mercado, mas principalmente dos efeitos que é capaz de causar à concorrência. Ainda que a análise dos efeitos em cada caso concreto seja prudente, a ilegalidade de uma conduta com base em seus efeitos gera insegurança sobre a forma como o agente deve se portar no mercado, visto que uma mesma conduta pode ser considerada como lícita ou ilícita, a depender do seu impacto.

Analisemos, então, a prática entendida como anticompetitiva pelo Cade sob o prisma dos critérios propostos por Herbert Hovenkamp (vide itens 3.A e 3.C acima), quais sejam (i) a criação, aumento ou prolongamento, ainda que em potencial, de poder de mercado para o agente; (ii) o dano, ainda que potencial, aos integrantes do mercado em que a conduta se insere - ou a ausência de benefícios para os consumidores e/ou a desproporcionalidade entre o dano causado e o benefício gerado; e (iii) a possibilidade de que a prática seja corrigida por meio do sistema antitruste⁹⁰.

Note-se que a posição dominante da Odebrecht na conduta em questão sequer foi discutida pela autoridade concorrencial na análise da conduta. Para determinar a anticompetitividade da prática, assumiu-se que a empresa detinha poder de mercado suficiente para que as obrigações de exclusividade fossem capazes de alterar negativamente o cenário competitivo.

Em relação à conduta considerada lesiva pelo Cade - i.e. os contratos firmados com fornecedores de bulbos e turbinas - é possível perceber de que forma os contratos de exclusividade propostos pela Odebrecht poderiam ser capazes de aumentar e prolongar seu poder de mercado, ainda que potencialmente. Isso ocorre porque, ao restringir o acesso de seus concorrentes a fornecedores com plantas no Brasil, a empresa tornou-se o único agente de mercado apto a vencer o certame, partindo do pressuposto de que os players que não possuíssem unidade fabril no Brasil seriam incapazes de suprir a demanda por turbinas e bulbos da empresa vencedora do certame.

No entanto, se analisarmos os contratos de exclusividade firmados com os fornecedores de equipamentos elétricos e hidromecânicos, ainda há a potencialidade de

⁹⁰ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 104. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

aumento de poder de mercado da Odebrecht. O domínio de fornecedores faz com que as chances de que a empresa se qualifique como vencedora do certame sejam maiores que as de seus concorrentes. Isso é especialmente verdade se nenhum dos concorrentes da Odebrecht houver firmado contratos de exclusividade com fornecedores, vez que a empresa teria amplo acesso a todos os fornecedores disponíveis, enquanto seus concorrentes teriam que lidar com as limitações impostas por meio dos contratos.

Passa-se, então, a analisar a potencialidade de dano a pelo menos um grupo integrante do mercado, a geração de benefícios para o consumidor final e a proporcionalidade entre eventuais benefícios e danos.

É possível argumentar - para a ambas condutas - que (i) há potencial lesivo aos concorrentes, que terão menor acesso a fornecedores aptos a suprir suas demandas e (ii) há um benefício para o consumidor, qual seja, a diminuição de custos oriunda do compartilhamento de risco entre Odebrecht e os fornecedores.

No entanto, a conduta em relação aos fornecedores de turbinas e bulbos se diferencia da conduta praticada em relação aos fornecedores de equipamentos elétricos e hidromecânicos quando se trata da potencialidade do dano, quando contrastada com eventuais benefícios. Ocorre que, em relação aos fornecedores de bulbos e turbinas, se considerarmos que não há outros fornecedores aptos a suprir as demandas da empresa vencedora do certame senão aqueles vinculados aos compromissos de exclusividade impostos pela Odebrecht, pode-se perceber que são maiores as chances de lesão aos concorrentes. Isso ocorre porque, não havendo nenhum fornecedor capacitado, os concorrentes não poderiam exercer rivalidade efetiva contra a Odebrecht.

Em relação aos fornecedores de equipamentos elétricos e hidromecânicos, ainda que haja restrição na diversidade de fornecedores disponíveis, as diligências realizadas pelo Cade concluíram que haveria possibilidade de que os fornecedores desimpedidos suprissem a demanda de equipamentos, permitindo que os concorrentes da Odebrecht permanecessem como competidores efetivos no certame.

No caso dos contratos de exclusividade firmados com fornecedores de bulbos e turbinas, é possível argumentar que o impedimento de acesso, pelos concorrentes da Odebrecht, a qualquer fornecedor apto a suprir a demanda por esse produto criou uma barreira artificial que elevou os custos de rivais, de maneira injustificada e desproporcional, que ocasionou fechamento dos mercados⁹¹.

⁹¹ Importante notar que a jurisprudência do Cade afirma que processos licitatórios devem ser entendidos como mercados relevantes individuais. Vide Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (BRASIL.

Assim, é possível perceber que, ainda que ativamente a conduta do agente do mercado de origem em relação aos players dos mercados à montante seja idêntica em ambas as situações, seus efeitos interferem diretamente no caráter anticompetitivo que tais condutas podem ter.

Vale notar que não houve, na decisão elaborada pela SDE, a avaliação da compensação entre os eventuais benefícios oriundos do compartilhamento de riscos e o potencial lesivo da conduta. A decisão da autoridade se funda apenas (i) nos danos que seriam causados aos concorrentes da Odebrecht e (ii) na desproporcionalidade das obrigações impostas a todos os fornecedores consultados pela empresa.

Nesse sentido, ainda que a análise segundo os critérios propostos por Hovenkamp permita concluir que a conduta poderia ser entendida como anticompetitiva, é possível que uma análise detida das eficiências geradas pelo compartilhamento de riscos entre os fornecedores e o consórcio tivesse outro resultado.

Da análise do caso em comento é possível entender (i) em que medida as especificidades do mercado em que se insere a conduta são determinantes para a aferição de sua ilegalidade; e (ii) de que maneira a autoridade concorrencial avalia anticompetitividade de condutas unilaterais com base nos impactos que essas causam nos mercados em que se inserem.

Em relação a (ii), é necessário entender que a análise de ilícitos por efeitos impõe que se avalie os efeitos da conduta, vez que a ilegalidade da conduta se centra nesse elemento. Em realidade, a demonstração dos efeitos anticompetitivos é condição necessária para que a autoridade concorrencial possa declarar a ilegalidade de uma conduta unilateral, vez que essas práticas são analisadas segundo a regra da razão⁹²

3.2.2 Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27

O caso em análise trata de supostas condutas exclusionárias no mercado de venda de sorvetes industrializados, *on the go* - ou seja, aqueles que podem ser consumidos imediatamente - de impulso (ou *self-service*), em que o próprio consumidor escolhe, dentro de

Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília. Julho de 2016.)

⁹² NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 93. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

um freezer, o produto que pretende adquirir^{93 94}. A conduta teria sido praticada pelas fabricantes de sorvete Nestlé e Unilever/Kibon (Representadas) em relação a revendedores de seus produtos. O parecer analisado abaixo foi preparado pela Superintendência-Geral do Cade sob a vigência da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

A Nota Técnica nº 343/2013, que recomendou a instauração do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 traz uma análise dos elementos necessários para a caracterização de uma prática como infração à ordem econômica. A Nota Técnica em questão também aborda diversos pontos, que serão analisados a seguir, relacionados (i) à forma de aferir se um player detém posição dominante -- e em que medida isso afeta a caracterização do ilícito; (ii) o papel das barreiras à entrada no caráter anticompetitivo da conduta; e (iii) quais são os elementos necessários para que uma conduta seja entendida como violação à ordem econômica. A Nota Técnica também faz considerações importantes sobre os tipos de exclusividade e seus potenciais efeitos nocivos ao cenário concorrencial.

A comercialização dos sorvetes industrializados de impulso é feita majoritariamente em estabelecimentos pequenos, como padarias, lojas de conveniência e lanchonetes. No interior desses estabelecimentos, são instalados freezers - disponibilizados pelas fabricantes de sorvetes - necessários para a manutenção da temperatura dos produtos.

Importante notar que os estabelecimentos que comercializam sorvetes de impulso, em sua maioria, (i) tem restrições de espaço, o que impede a instalação de diversos freezers em seu interior; e (ii) são estabelecimentos de pequeno porte econômico.

Considerando as especificidades inerentes aos pontos de venda, é improvável que um estabelecimento comercialize sorvetes de impulso de diversas marcas ou que adquira seus próprios freezers. Nota-se que o Cade considerou a marca como um importante ativo intangível nesse mercado, e que as Representadas - i.e. Unilever/Kibon e Nestlé - são marcas consolidadas nesse mercado. Por essa razão, a Superintendência-Geral constatou que seria mais fácil que tais empresas impusessem restrições aos pontos de venda, vez que são vistas como opções mais rentáveis de investimento.

Da leitura da Nota Técnica denota-se que são elementos importantes para a caracterização da conduta como potencialmente lesiva à concorrência (i) a restrição de espaço

⁹³“Em razão das características do sorvete de impulso (porções individuais), o seu lugar de consumo (imediate), a intenção do consumidor (vontade súbita) e estrutura de demanda e de oferta (que exclui os sorvetes de categoria scooping e soft), conclui-se que, na dimensão produto, o mercado relevante alvo das condutas investigadas é o mercado de venda de sorvete industrial comercializado no segmento de consumo imediato self-service (ou de impulso)” (Vide p. 2065 do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27)

⁹⁴A dimensão geográfica do mercado relevante afetado pela conduta não foi definida, e foi considerada irrelevante para a análise da conduta por ter o Cade considerado que as Representadas teriam poder de mercado em dimensão nacional. (Vide p. 2065 do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27)

nos pontos de venda; (ii) o fato de que os freezers são cedidos pelas fabricantes de sorvetes; e (iii) a importância da marca no mercado em questão.

As Representadas teriam criado obstáculos artificiais para a entrada de novos players nesse mercado por meio de obrigações impostas aos pontos de venda. Os contratos firmados com os estabelecimentos incluíam (i) exclusividade de vendas (e bonificações); (ii) exclusividade de uso dos freezers; (iii) exclusividade de *merchandising* (ou exposição privilegiada); (iv) imposição de quantidades mínimas de venda; e (v) cláusulas de preferência na renovação de contratos.

Importante notar que a Unilever/Kibon não reconheceu a existência de contratos de exclusividade de vendas com os pontos de venda. De qualquer maneira, conforme será analisado abaixo, a argumentação desenvolvida ao longo da Nota Técnica analisada permite concluir que as obrigações de exclusividade de uso dos freezers e de exclusividade (ou preferência) de exposição de *merchandising* implicariam em exclusividade de vendas. Isso ocorreria porque, tendo em vista a restrição de espaço apontada acima, seria inviável a instalação de freezers ou publicidades de marcas diferentes, o que impediria a rivalidade efetiva com as Representadas.

A Nota Técnica em análise argumenta que para a caracterização da posição dominante de um player não é suficiente analisar a participação de mercado por ele detida, o que está em consonância com o dispositivo legal aplicável e com as legislações e jurisprudência internacionais.

No caso em análise, uma das Representadas, a Nestlé, detinha participação de mercado inferior a 20%. No entanto, a Superintendência-Geral entendeu que a baixa participação de mercado da Nestlé não era suficiente para descartar a hipótese de que a empresa detivesse posição dominante no mercado de sorvetes de impulso.

O valor da marca no mercado relevante em análise foi considerado um fator determinante para estabelecer que havia grandes chances de que a Nestlé detivesse posição dominante naquele mercado. Além disso, a Superintendência-Geral constatou que seria possível que a conduta da Nestlé fosse complementar à conduta da Unilever/Kibon (líder no mercado em análise, que detém larga parcela do mercado. De acordo com a Nota Técnica, a conduta da líder do mercado seria potencializada pelo fato de que a Nestlé – agente detentora da segunda maior participação de mercado – adotava práticas semelhantes. Para chegar a essa conclusão, a Superintendência-Geral considerou (i) o mix de produtos das duas Representadas; (ii) o fato de que os produtos ofertados pelas Representadas estão consolidados no mercado; (iii) a posição de destaque das empresas em relação aos demais

concorrentes nesse mercado; e (iv) a similaridade das condições impostas aos pontos de vendas por Nestlé e Unilever/Kibon.

Além dos pontos destacados acima, a Superintendência-Geral entendeu que o fato de (i) serem as Representadas as únicas empresas com participação substancial em um mercado pulverizado; (ii) serem os pontos de vendas de sorvetes por impulso pequenos estabelecimentos que não poderiam se contrapor às restrições impostas; e (iii) o mercado de sorvetes por impulso possuir elevadas barreiras à entrada, também eram indicativos de que elas detinham posição dominante.

Constatada a existência dos elementos acima, que levaram a Superintendência-Geral a concluir pela existência de posição dominante das Representadas, destacou-se ainda o fato de que, por meio da prática, foram criados outros obstáculos à atuação de rivais. A imposição de obrigações que aumentam os custos de transação dos pontos de venda para trocar de fornecedores – tais quais a aplicação de penalidades por rescisão antecipada do contrato de exclusividade ou por não atingir o volume mínimo de vendas, por não conceder o direito de renovação e a perda de bônus concedidos pela cessão do espaço para *merchandising* – foram considerados como elementos que impedem que outras empresas fabricantes de sorvetes por impulso sejam capazes de competir efetivamente com as Representadas.

A Superintendência-Geral entendeu que estariam presentes do mercado de sorvetes de impulso as seguintes barreiras: (i) estrutura de distribuição e comercialização, que requer investimentos elevados em transportes específicos, como caminhões frigoríficos; e (ii) importância da marca comercial, que implica em um alto nível de fidelização do consumidor final. Os custos de distribuição e comercialização tornam-se ainda mais altos (a) em razão da impossibilidade de manutenção de estoques nos pontos de vendas, vez que há restrição de espaço; e (b) considerando que as fabricantes de sorvetes de impulso precisam arcar com os custos relativos à colocação de freezers nos pontos de venda, pelas razões já mencionadas acima.

Aqui vale retomar a consideração feita com base na obra de Herbert Hovenkamp no item 3.B acima, de acordo com a qual em mercados com altas barreiras à entrada e permanência de novos players, a mera constatação de que o agente de mercado detém parcela considerável do mercado e de que não há competição agressiva entre os players é suficiente para concluir que tais agentes detêm posição dominante.

Note-se que, de acordo com a Nota Técnica, as barreiras relacionadas à estrutura de comercialização e distribuição exigem que as fabricantes de sorvetes tenham uma rede de distribuição “pouco dispersa e integrada aos pontos de venda”⁹⁵.

Em face da constatação de que Unilever/Kibon e Nestlé detém elevado poder de mercado, e de que o mercado de sorvete possui barreiras à entrada, a Superintendência-Geral conclui que há elevadas chances de que a conduta sob análise tenha efeitos anticompetitivos. Mais especificamente, a prática possivelmente implicaria em fechamento de mercado, aumento de barreiras à entrada, elevação dos custos de rivais e facilitação de práticas colusivas.

Em contraponto, a Superintendência-Geral entendeu que os acordos de exclusividade são capazes de produzir efeitos benéficos à concorrência, como a diminuição de custos de transação e eliminação do efeito carona. Esses benefícios deverão ser ponderados em face de potenciais efeitos negativos.

Conforme indicado acima, a representada Unilever/Kibon não reconheceu a celebração de contratos de exclusividade de vendas com seus fornecedores. Ainda assim, a Nota Técnica argumenta que a exclusividade de *merchandising*, por si só, seria capaz de gerar, ainda que indiretamente, exclusividade de vendas. Isso ocorre porque a exclusividade de exposição de *merchandising* resulta em imposição de dificuldades e aumento artificial de barreiras a novos entrantes. Ademais, a Superintendência-Geral entendeu, com fundamento em decisões anteriores⁹⁶, que a necessidade de altos investimentos em marketing pode constituir, por si só, uma barreira à entrada.

Para a análise dos potenciais efeitos anticompetitivos da conduta, entendeu-se que seria relevante o tempo de duração dos contratos de exclusividade firmados com os pontos de venda. Nesse tocante, destaca-se a consideração feita na Nota Técnica de que, enquanto contratos de exclusividade que tem duração inferior a um ano e podem ser rescindidos com facilidade oferecem baixo risco ao ambiente competitivo, contratos com duração igual ou superior a cinco anos são considerados acordos “por tempo indeterminado” e tem alta potencialidade lesiva⁹⁷. A Nota Técnica afirma, nesse sentido, que não é necessário que haja fechamento integral de mercado para que uma cláusula contida em contrato de exclusividade com “duração indeterminada” seja considerada anticompetitiva.

⁹⁵ Vide p. 2071 do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

⁹⁶ Vide Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25.

⁹⁷ Vide p. 2075 do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

No caso sob análise os contratos de exclusividade tinham duração entre três e cinco anos. No entanto, a imposição da obrigação de venda de volumes mínimos – que, caso descumprida, implica na prorrogação automática dos contratos – fazia com que os contratos pudessem se estender por um período de tempo maior do que cinco anos. O Cade considerou que a possibilidade de prorrogação automática do contrato de exclusividade apresentava alto potencial lesivo à concorrência.

Ponto que merece destaque o fato de que havia pontos de venda desimpedidos, ou seja, com os quais as Representadas não haviam firmado contratos de exclusividade. Em contrapartida, percebeu-se que havia pontos de venda com maior giro e faturamento, que eram alvos da conduta analisada pelo Cade. Nesse sentido, entendeu-se que havia uma estratégia de propor condições de exclusividade propositadamente a pontos de venda mais rentáveis, que resultava em aumento dos custos de rivais. Ademais, argumentou-se que a existência de pontos de venda desimpedidos não exclui a possibilidade de abuso de posição dominante.

Em adição a isso, nota-se que as Representadas ofereciam bonificações pela quantidade de vendas a pontos de vendas com quem mantinham obrigações de exclusividade. O Cade entendeu que a concessão de bônus implicaria em um aumento dos custos para trocar de fornecedores.

As Representadas também impunham aos pontos de venda a obrigação de exclusividade de freezer – ou seja, apenas seus produtos poderiam ser armazenados nos freezers por elas cedidos. A restrição de espaço dos pontos de venda, somada à obrigação de exclusividade de freezer, resultava em exclusividade de vendas, no entendimento da Superintendência-Geral.

A respeito da obrigação de exclusividade de freezers, cabe fazer observação sobre o desincentivo ao “efeito-carona”. Quando um fornecedor cria canais ou estruturas de distribuição para seus produtos, incorre em custos para fazê-lo. Caso outros fornecedores pretendam – e tenham a possibilidade de – utilizar o canal ou a estrutura já estabelecida, eles não terão de arcar com custos adicionais, vez que esses já foram suportados pelo primeiro fornecedor⁹⁸. Nesse sentido, com o objetivo de proteger o investimento feito e obter compensação pelos riscos suportados, é comum que fornecedores que criam canais ou estruturas de distribuição imponham, em contrapartida, obrigações de exclusividade.

⁹⁸ POSNER, Richard A.; *Antitrust Law*, p. 183. The University of Chicago Press, 2001.

O “efeito-carona” tem impactos anticompetitivos, como o desincentivo à inovação – para encontrar novos e mais eficientes meios de distribuição, por exemplo – e reduzem o bem estar do consumidor final⁹⁹. Além disso, conforme já suscitado, é necessário proteger o investimento do fornecedor que suportou os custos da criação da rede de distribuição. A utilização, por outros agentes de mercado, de freezers cedidos pelas Representadas aos pontos de venda seria um claro exemplo do efeito-carona, que a jurisprudência antitruste tenta desestimular. Assim sendo, a imposição de obrigações de exclusividade, ao menos neste caso, pode ser vista como uma medida pró-competitiva ou, no mínimo, proporcional. Nota-se que os mesmos argumentos – proteção do investimento e desincentivo ao efeito-carona – são utilizados pelas Representadas para justificar a exclusividade de *merchandising*.

No entanto, a Superintendência-Geral entendeu que (i) a exclusividade de utilização dos freezers atrelada (ii) à restrição de espaço nos pontos de venda e (iii) à imposição de giro mínimo de vendas poderia resultar em exclusividade de fato por tempo indeterminado, o que teria consequências negativas ao ambiente competitivo.

A Superintendência-Geral ponderou, também, que não se poderia vislumbrar benefícios para o consumidor final oriundos das práticas investigadas. Em última instância, afirmou que o aumento de barreiras à entrada e o fechamento de mercado decorrentes das restrições verticais implicaria em uma redução de bem estar. Por esses motivos, foi considerado que os benefícios gerados pelos contratos de exclusividade seriam incapazes de superar os efeitos deletérios da conduta, razão pela qual sugeriu a condenação das Representadas, nos termos do artigo 36, I, II e IV e §3º, III, IV, V, VI e IX da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011¹⁰⁰.

Depois de estudar os pontos que ganharam destaque na análise feita pela Superintendência-Geral, passa-se à apreciação dos elementos utilizados para chegar à decisão a respeito da ilegalidade da prática em face da doutrina antitruste e dos conceitos expostos nos tópicos 2 A, B e C.

Antes, no entanto, analisa-se se foram respeitadas as etapas de análise pela autoridade concorrencial¹⁰¹. Percebe-se que foi analisada a posição dominante detida pelas empresas Nestlé e Unilever/Kibon, fazendo-se considerações sobre o fato de que as empresas são as únicas estabelecidas no mercado em análise. Além disso, nota-se que foram avaliados os

⁹⁹ FORGIONI, Paula A. Direito Concorrencial e Restrições Verticais, p. 140. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Brasília, 1 dez. 2011.

¹⁰¹ Conforme explicado no item 2.3, a análise deve avaliar (i) se o agente detém posição dominante, (ii) se há racionalidade econômica no aludido fechamento de mercado e (iii)

critérios subjetivo e objetivo da posição dominante das Representadas. Depois, passou-se à análise da criação de barreiras e fechamento de mercado como resultado da conduta sob investigação, e conclui-se que havia racionalidade econômica que apoiasse esses objetivos. Por fim, avaliou-se os potenciais danos causados pela conduta e eventuais eficiências, para chegar a uma conclusão acerca da ilegalidade da prática.

Em primeiro lugar, observa-se que para que uma obrigação de exclusividade de distribuição seja considerada anticompetitiva é necessário demonstrar que o agente tem poder de mercado (i) no mercado “primário”, ou seja, no mercado em que atua o responsável pela prática; e (ii) no mercado secundário, ou seja, no mercado que se pretende impor a limitação¹⁰².

No caso sob análise é possível vislumbrar o poder de mercado das Representadas no mercado de fabricação de sorvetes de impulso. No entanto, considerando que (i) os pontos de venda sujeitos às obrigações de exclusividade não correspondem à totalidade dos pontos de venda existentes nos mercados relevantes; e (ii) não é possível avaliar, por meio das informações contidas na Nota Técnica, se as Representadas são capazes de exercer poder sobre esse mercado, não é possível chegar a uma conclusão definitiva sobre o caráter anticompetitivo da prática por esse prisma.

Nota-se que a pulverização é uma característica do mercado “secundário”, de forma que é possível que a conduta das Representadas não ocasione o fechamento completo desse mercado para novos entrantes.

Passa-se, então, à análise da conduta segundo os critérios propostos por Hovenkamp para determinar se práticas unilaterais devem ser consideradas como violações antitruste.

A respeito da ampliação ou prolongamento do poder de mercado das Representadas, é possível argumentar que a restrição de acesso, por rivais, a pontos de venda seria capaz de atingir esse resultado. Isso ocorre porque a exclusividade de vendas imposta sobre parte dos canais de distribuição aumenta, em última instância, o alcance dos produtos das Representadas, fazendo com que esses tenham mais chances de atingirem o consumidor final, quando comparados com os produtos concorrentes. Ainda que a prática não seja de conferir às Representadas a posição de monopolistas – vez que as restrições não se estendem à totalidade dos canais de distribuição – a prática tem efeito (ainda que potencial) de intensificar seu poder de mercado.

¹⁰² HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 198. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

Em relação aos danos causados a pelo menos um grupo integrante dos mercados afetados pela conduta, é necessário refletir a respeito do impacto (i) sobre os concorrentes das Representadas; (ii) sobre os distribuidores; e (iii) sobre o consumidor final. Nessa análise serão sopesados, também, os benefícios gerados e a proporcionalidade de eventuais prejuízos.

A análise do Cade a respeito dos prejuízos a integrantes dos mercados centrou-se majoritariamente nos efeitos sobre concorrentes. De fato, é possível vislumbrar de que maneira os rivais seriam negativamente afetados pela prática, vez que essa poderia implicar em um aumento de custos de distribuição para os rivais.

Vale mencionar que o aumento de custos não é mais que uma hipótese, visto que não há comprovação de que os custos incorridos pelos rivais para distribuir seus produtos em pontos de vendas que não estejam vinculados a obrigações de exclusividade superam os custos a serem suportados caso essas restrições não existissem.

Isso ocorre porque há de se considerar que as Representadas enfrentaram altas barreiras para entrar no mercado de sorvete de impulsos e desenvolver uma rede de distribuição. Conforme exaustivamente destacado na análise do Cade, a estrutura de distribuição e comercialização constitui a principal barreira à entrada nesse mercado. Espera-se, no entanto, que as Representadas compartilhem sua estrutura de comercialização – i.e. os freezers cedidos aos pontos de venda – e abandonem as garantias de retorno de seu investimento (custo afundado) – i.e. os compromissos de exclusividade, pelo menos no que diz respeito à utilização dos freezers. Caso contrário, a recusa de compartilhamento poderá ser entendida como violação à legislação antitruste.

Ocorre que a utilização da estrutura de comercialização desenvolvida pelas Representadas diminuiria consideravelmente os custos dos rivais, pelo menos em comparação aos custos suportados por elas para entrar no mercado. Importante ressaltar, também, que os custos a serem suportados por rivais para comercializar seus produtos em pontos de vendas que estão livres de contratos de exclusividade não parecem exorbitantes.

No mesmo sentido, não parece desproporcional que as Representadas firmem contratos de exclusividade de utilização de freezers cedidos por elas aos pontos de vendas. A intenção de proteger o investimento feito na estrutura de comercialização – e, consequentemente, no ponto de venda – parece razoável e proporcional.

De outro lado, o tempo de duração das obrigações de exclusividade, que poderá ser prorrogado caso outras condições contratuais não sejam satisfeitas, é um elemento que pode desequilibrar a proporcionalidade entre os meios utilizados pelas Representadas e a finalidade

que se pretende atingir. Além disso, a duração dos contratos está em dissonância com a jurisprudência do Cade e com a doutrina¹⁰³ sobre o tema.

O prazo de duração dos contratos de exclusividade é um aspecto fundamental para aferir a sua anticompetitividade. Caio Mário da Silva Pereira Neto afirma que contratos de longa duração têm maiores chances de causar efeitos nocivos ao cenário competitivo, e que cláusulas de renovação automática potencializam a possibilidade de fechamento de mercado. Isso ocorre porque a ausência de perspectiva de mudança na configuração estrutural do mercado é capaz de tornar mais rígido o fechamento¹⁰⁴.

Além disso, conforme indicado acima, é preciso considerar o efeito pro competitivo de desincentivo ao efeito carona.

Em relação aos impactos da prática em relação ao consumidor final, vale destacar que (i) esses poderão obter os produtos de rivais em pontos de vendas não vinculados a obrigações de exclusividade, de maneira que não foi cerceado seu acesso à diversidade de produtos; e (ii) considerando a concorrência entre as Representadas, que são líderes de mercado, não é possível determinar se há prejuízos relacionados a aumentos de preços.

Argumenta-se, ainda, que concorrentes eficientes poderiam oferecer aos pontos de venda benefícios que compensassem a desvinculação das obrigações assumidas com as Representadas. Assim, pode-se supor que, sendo esse o caso, a prática tem o condão de estimular rivais eficientes a adotar condutas mais agressivas do ponto de vista competitivo, o que poderia implicar na redução de custos e/ou inovação, e conseqüente aumento de bem estar para o consumidor final.

Dessa maneira, conclui-se que os únicos elementos que poderiam justificar a anticompetitividade da conduta praticada pelas Representadas são, cumulativamente, (i) as obrigações de exclusividade de fato, quando houver; (ii) o prazo de duração dos contratos que impõem vínculos de exclusividade; e (iii) a prorrogação automática dos contratos caso não sejam atendidas as metas de aquisição e venda dos produtos das Representadas.

¹⁰³ A Súmula do Cade nº 05, de 09 de dezembro de 2009, vigente sob a antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994) estabelece que “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”. Ainda que não esteja mais vigente, a Súmula demonstra o entendimento consolidado da autoridade antitruste de que cláusulas restritivas à concorrência tem maiores chances de serem nocivas caso seu prazo de duração seja superior a 5 anos. No mesmo sentido, o Guia de Atos de Concentração Horizontal sugere que cláusulas de não-concorrência devem ter duração de, no máximo, cinco anos. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília. Julho de 2016.

¹⁰⁴ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 145. Saraiva, São Paulo, 2016.

Interessante observar que a análise desenvolvida pelo Cade na Nota Técnica se enquadra de forma mais apropriada em outros critérios para definir a ilegalidade de condutas antitruste, que não os propostos por Hovenkamp. Se analisarmos apenas o aumento dos custos e o prejuízo à eficiência de rivais, é mais provável que se conclua pela ilegalidade da prática.

No entanto, conforme será melhor detalhado no capítulo 3.2 infra, esses parâmetros – que podem ser identificados em muitas decisões do Cade, como esta que se encontra sob análise – acaba por distorcer o propósito do direito da concorrência. Isso ocorre porque, em vez de ponderar o efeito líquido da prática em relação aos consumidores finais, esses critérios levam a uma conclusão que tem como foco a proteção dos concorrentes.

3.1.3. Voto proferido pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10¹⁰⁵

O Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 examinou condutas potencialmente lesivas à concorrência que teriam sido perpetradas pela AmBev no mercado de venda de cervejas em bares e pontos de venda tradicionais em âmbito local – i.e. nos bairros que cercam os pontos de venda¹⁰⁶. A decisão sob análise foi proferida pelo Tribunal Administrativo do Cade sob a vigência da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.

A decisão analisada concluiu que a AmBev teria imposto obrigações de exclusividade a seus distribuidores, ainda que sem a formalização contratual de tais obrigações. Conforme será detalhado abaixo, as peculiaridades do mercado analisado (restrição de espaço, reduzido capital de giro e impossibilidade de manutenção de estoques nos pontos de venda; altos custos de distribuição e comercialização e importância da marca comercial), somadas à posição dominante do agente de mercado, foram o principal elemento utilizado para aferir a anticompetitividade da conduta. Por essa razão, o caso se assemelha à conduta analisada no âmbito da Nota Técnica examinada no item 3.2.2 acima.

A conduta investigada diz respeito a programa de fidelidade (Programa Tô Contigo) proposto pela AmBev aos pontos de venda. A empresa desenvolveu um sistema de pontos e compensações baseado na aquisição, pelos pontos de venda, de caixas de cerveja. O acúmulo de pontos permitiria aos pontos de venda (i) trocá-los por produtos e (ii) obter descontos.

¹⁰⁵ FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em [], na [] Sessão de Julgamentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em []

¹⁰⁶ O Processo Administrativo analisou também condutas horizontais no mercado de cervejas. No entanto, visto que este trabalho se propõe apenas à análise de condutas verticais, a análise das alegadas práticas horizontais será desconsiderada.

De acordo com o Cade, os requisitos formais do programa Tô Contigo não ofereceriam qualquer risco de lesão à concorrência, vez que não haveria contrapartida baseada em obrigações de exclusividade, estoque ou quantidade de vendas.

No entanto, foi constatada a existência de requisitos informais para participar do programa, quais sejam (i) exigência de exclusividade¹⁰⁷ ou (ii) imposição de quantidades máximas (reduzidas) de produtos de concorrentes a serem adquiridos pelos pontos de vendas, nos casos em que não há exclusividade¹⁰⁸; e (iii) imposição de volume mínimo de compras de produtos AmBev. Ademais, foi constatado que (i) a AmBev concedia incentivos vinculados ao preço de seus produtos para o ingresso no programa de fidelidade¹⁰⁹ e (ii) a venda de produtos de concorrentes criava dificuldades para a renovação do programa. Observou-se que, dos pontos de vista analisados pelo Cade, 52% participavam do programa de fidelidade oferecido pela AmBev.

A respeito da constatação de que as obrigações de exclusividade não eram impostas a todos os pontos de venda, o Cade concluiu que (i) a exclusividade era imposta de forma não-sistemática ou (ii) a AmBev adotava estratégias que não deixavam claras as regras e requisitos do programa, com o intuito de confundir os fornecedores e impedir ou restringir a venda de produtos concorrentes.

Em relação a (ii), o Cade entendeu que a AmBev deliberadamente criou uma assimetrias de informações com o objetivo de levar os pontos de venda a crer que, para receberem os benefícios do programa, deveriam comercializar somente as marcas ofertadas por ela. Nesse sentido, afirmou que a AmBev teria o “dever de bem informar seus clientes de modo que a totalidade dos pontos de vendas (...) responda que não há exclusividade ou quaisquer contrapartidas”¹¹⁰.

Nota-se que pontos de venda que comercializavam grandes quantidades de cervejas concorrentes das marcas AmBev teriam sido desligados do programa. Em consequência, teriam perdido o direito aos benefícios do programa, ainda que pudessem continuar a utilizar os pontos conquistados para obter produtos. Para o Cade, essa postura configura uma retaliação implícita pelo descumprimento da obrigação de exclusividade.

¹⁰⁷ Em diligências, o Cade constatou que 50% das lanchonetes e 49% dos bares participantes do Programa Tô Contigo estavam vinculados a obrigações de exclusividade impostas pela AmBev.

¹⁰⁸ O Cade verificou que a 25% dos pontos de venda participantes do programa foram impostos limites para compra de terceiros.

¹⁰⁹ O Cade constatou que 70% dos pontos de venda participantes receberam incentivos relacionados a preço para ingressar no programa.

¹¹⁰ Vide p. 68 do voto elaborado pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, contido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

Em contraponto às ameaças de penalização por descumprimento das obrigações de exclusividade, o programa também oferecia benefícios aos pontos de venda fidelizados. Da leitura do voto elaborado pelo Conselheiro Relator é possível perceber que esses benefícios incluem (i) bonificações equivalentes a 3% do valor médio de compras do ponto de vendas e (ii) medidas que permitem ao estabelecimento economizar espaço¹¹¹. O Cade entendeu que os benefícios ofertados por meio do Programa Tô Contigo seriam altamente pró competitivos, caso não houvesse, em contrapartida, limitações à aquisição de produtos concorrentes.

A constatação do cumprimento ou não dos obrigações implícitas à adesão ao programa seria feita por meio de visitas mensais aos pontos de vendas. Caso fosse percebido que o ponto de vendas comercializava, em grande escala, produtos concorrentes, haveria um planejamento para “conter invasões”¹¹² e fazer com que voltassem a ser vendidas somente as marcas AmBev.

Por fim, aliada às obrigações de exclusividade, haveria também a imposição da aquisição de percentual mínimo dos produtos AmBev pelo ponto de vendas. Constatou-se que a AmBev exigia que os pontos de vendas participantes do programa de fidelidade Tô Contigo adquirissem 90% de seu estoque de produtos AmBev. Essa obrigação seria imposta aos pontos de venda com os quais não se obtivesse sucesso em negociar exclusividade de vendas. Ainda que não se trate de vínculo de exclusividade, considerou-se que o percentual de 90% do estoque implica em uma ocupação elevada do canal de comercialização, alcançada de forma artificial.

Foram entendidas pelo Conselheiro Relator Fernando Magalhães Furlan como barreiras à entrada as características do mercado mencionadas no início deste tópico (i.e. restrição de espaço, reduzido capital de giro e impossibilidade de manutenção de estoques nos pontos de venda; altos custos de distribuição e comercialização e importância da marca comercial). Além dessas barreiras, foram identificadas as seguintes barreiras: (i) altos custos de transação relacionados a licenças e documentação; (ii) dominância das embalagens retornáveis e (iii) necessidade de prestação de serviços pelos distribuidores (como organização de estoques, comodato de freezers, mesas e letreiros). Nota-se que essas obrigações eram impostas, por vezes, por meio de instrumentos contratuais e, por outras, apenas verbalmente – sob ameaça de desligamento do programa, perda de benefícios ou exclusão contratual.

¹¹¹ Apesar da indicação sobre a existência dessas medidas, a versão pública do voto não reproduz especificamente quais seriam os benefícios que resultariam na economia de espaço nos pontos de vendas.

¹¹² Vide p. 56 do voto elaborado pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, contido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

Em relação à existência de posição dominante da AmBev no mercado de cervejas, o Cade afirmou que (i) as características estruturais da AmBev¹¹³ lhe permitiriam manipular as condições de sobrevivência de concorrentes de acordo com suas estratégias. A empresa também se enquadra no critério subjetivo de detenção de poder de mercado, vez que controlava parcela equivalente a 69,3% de tal mercado. Em razão da posição dominante detida pela AmBev, bares e restaurantes não poderiam prescindir de seus produtos¹¹⁴ e isso faria com que a Representada fosse capaz de induzir os estabelecimentos a aceitar as condições de exclusividade por ela impostas por meio do programa de descontos.

Ademais, o Cade indicou que haveria uma forte tendência à concentração de compras em um só fornecedor, em razão do pequeno porte das transações e da necessidade de presença constante do fornecedor no ponto de venda. Também entendeu que haveria uma vantagem competitiva da AmBev como consequência do seu ganho na escala de distribuição, capaz de diminuir custos.

Em relação à importância da marca comercial, vale mencionar que há alto grau de fidelização dos consumidores e grandes investimentos em propaganda pelas empresas atuantes nesse mercado, que tem por objetivo moldar as preferências dos clientes. O Cade constatou que as preferências pelas marcas de cerveja são construídas com base (i) nos preços; (ii) na disponibilidade da cerveja em pontos de venda. Isso ocasiona uma grande variação nas participações de mercado dos players em diferentes regiões do país.

As preferências dos clientes em relação a pontos de vendas são moldadas de forma distinta. Os pontos de vendas são diferenciados com base na disponibilidade de marcas variadas e em fatores como proximidade do consumidor e tempo de deslocamento.

Para aumentar o alcance de seus produtos, as fabricantes de cerveja investem em alguns pontos de venda que são percebidos como formadores de imagem: pontos de venda em que a qualidade do bar se confunde com a da cerveja. Esses pontos de venda costumam ser o foco para a celebração de contratos de exclusividade, segundo a análise do Cade.

Nesse sentido, vale notar que, ao longo do voto são tecidas considerações sobre as características que transformariam a concessão de descontos em ilícitas ou, pelo menos, anticompetitivas. Em primeiro lugar, o Cade afirma que a posição dominante de um agente de

¹¹³ “[A] dimensão econômica [da AmBev] (indicada por seu faturamento, este alavancado por sua capacidade de endividamento e acesso ao mercado financeiro internacional); a diversificação para inúmeros outros mercados de bebidas; o controle sobre a rede de distribuição e pontos-de-venda em dimensão que virtualmente, se não efetivamente”. Vide p. 10 do voto elaborado pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, contido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

¹¹⁴ Vide p. 74 do voto elaborado pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, contido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

mercado garante que os consumidores irão adquirir a maior parte de sua demanda de tal agente. A prática de descontos condicionados implicaria, então, no aumento da aquisição dos produtos do agente dominantes, fazendo com que a parte contestável da demanda – antes destinada a fornecedores alternativos – passasse a ser, também, direcionada a tal agente¹¹⁵.

Entendeu, ainda, que a prática de descontos condicionados a um percentual de vendas dos pedidos totais do ponto de venda é uma maneira de induzir a fidelidade e, por consequência, impedir que rivais eficientes expandam sua participação no mercado.

Caso o preço dos descontos implique em um preço efetivo inferior ao custo médio total da empresa dominante, torna-se extremamente difícil que um concorrente rivalize com esse agente, ainda que tal rival seja eficiente. Se o custo médio total corresponder ao preço efetivo ou for superior a ele, entende-se que ainda há possibilidade de fechamento de mercado oriundo de “vantagens não replicáveis” conferidas ao agente dominante. Assim, entrantes que “poderiam melhorar a situação competitiva do mercado”¹¹⁶.

No caso em análise, o Cade verificou que o custo médio total das cervejas estava abaixo de seu preço efetivo. No entanto, constatou que a AmBev deteria “vantagens não replicáveis”, considerando a força de seu portfólio de marcas comerciais, e, dessa forma, seria capaz de eliminar ou reduzir a atuação de concorrentes por meio do programa de fidelidade.

Sobre a finalidade dos descontos concedidos por um *player* dominante, afirmou, com base no entendimento da Comissão Europeia, que quando se pretender impedir que os consumidores adquiram os produtos de concorrentes por meio de vantagens financeiras, tais descontos devem ser considerados ilegais.

Vale notar que todas as considerações acima foram feitas tendo como parâmetro descontos que implicam, em contrapartida, em um aumento nas compras do produto do agente dominante pelo cliente. Para que descontos conferidos por agentes dominantes sejam entendidos como pró competitivos, é necessário que (i) se baseiem em critérios de eficiência econômica, (ii) sejam consistentes com os interesses do consumidor e (iii) reflitam ganhos em eficiência e economias de escala. Além disso, empresas dominantes não poderiam recorrer a meios que não estejam fundados na concorrência por mérito.

Nota-se que, no entendimento da autoridade concorrencial, é necessário que se prove que o desconto é compatível com as regras de concorrência, de forma que ele não pode estar

¹¹⁵ Essa conclusão se baseou, majoritariamente, em um documento preparado pelo Comissão Europeia acerca da prática de descontos condicionados, denominado “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”. O Documento está disponível em <<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>>. Acesso em 10 de março de 2017.

¹¹⁶ Vide p. 34 do voto elaborado pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, contido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

condicionado ao fornecimento de informações financeiras do fornecedor ou à obrigação de manutenção de um estoque de seus produtos capaz de satisfazer a demanda do fornecedor. Ainda, os descontos deverão ser concedidos com base em critérios objetivos.

Em conclusão, foram adotados os seguintes critérios para determinar se uma política de descontos tem o potencial de gerar danos concorrenciais: (i) deve ser aplicada por empresa dominante, (ii) deve ser aplicado a consumidores intermediários e (iii) deve ser implementada em um mercado onde há grande demanda dos consumidores diretos aos intermediários, privilegiando os produtos da empresa dominante.

A respeito da prática sob análise, concluiu-se que essa não resulta em aumento no consumo potencial, mas tão-somente conquista de maior participação mercado pela empresa dominante. Além disso, o programa de fidelidade também bloqueia (ou limita de forma substancial) o acesso de concorrentes aos canais de comercialização – ou seja, cria barreiras artificiais à entrada.

De acordo com o Cade, políticas de desconto são vistas de forma positiva, vez que elas podem resultar no aumento de eficiências alocativas e incremento de eficiências técnicas. Isso ocorre quando há (i) aproximação do preço aos custos marginais do fornecedor; e (ii) incentivo à concentração de compras individualmente, resultando em aumento do poder de barganha do comprador.

Por outro lado, programas de desconto que (i) não tenham regras transparentes ou (ii) restrinjam a atuação de players tão ou mais eficientes que aquele que oferta o programa; são vistos como potencialmente lesivos à concorrência. Em resumo, afirma-se que

“para que uma restrição vertical seja crível em termos econômicos, ela deve gerar rendas ou promover a extração de rendas de terceiros. Para que seja considerada anticompetitiva, é necessário que, ao menos potencialmente, essa gere redução de bem estar”¹¹⁷.

Concluiu, ainda, que o portfólio de marcas da AmBev seria capaz de criar uma demanda rígida. Ademais, os pontos de venda teriam incentivos para aderir ao programa pois, ao deixar de fazê-lo, acabariam por adquirir os produtos da AmBev por um preço mais alto, o que resultaria em um preço de revenda maior e consequente desvantagem da revenda. Essa vantagem competitiva seria maximizada pelo fato de que as economias de escala têm grande importância no mercado de cerveja pois diminui os custos de distribuição. Todos esses fatores

¹¹⁷ Vide p. 34 do voto elaborado pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, contido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

implicam em um desincentivo à entrada de novos players no mercado de cervejas, de acordo com a análise do Cade.

A não-linearidade do Programa Tô Contigo, ou seja, a progressão dos descontos concedidos conforme as quantidades adquiridas pelos pontos de venda, também foi considerada como um aspecto anticompetitivo capaz de aumentar as barreiras à entrada e os custos de rivais.

Nesse sentido, a penalidade de exclusão ou não renovação do programa de desconto implicaria em perda de benefícios, como já indicado acima, quais sejam (i) a concessão de freezer trimarca, (ii) descontos na aquisição da cerveja de marca Antártica, e (iii) treinamentos oferecidos pela AmBev. Assim, em razão da não-linearidade, um rival teria de oferecer preços capazes de superar os descontos oferecidos pela Representada e que, além disso, compensassem a perda dos benefícios mencionados.

Em relação a eficiências potencialmente geradas pela prática sob análise, o Cade concluiu que não seria possível justificar a exclusividade com base em eventuais efeitos pró competitivos.

Para o Cade, a imposição de exclusividade no mercado de cervejas (i) não se justificaria com base na redução de custos de transação, vez que o mercado não têm por característica ser complexo ou inovador, de maneira que não se aplica o argumento de que seria necessário reduzir ou desincentivar o efeito carona; e (ii) não se justificaria com base na necessidade de proteção à reputação, vez que a diferenciação do produto nesse mercado se dá por meio de campanhas de marketing. Ademais, entendeu-se que a presença de outras marcas seria incapaz de afetar a reputação das marcas AmBev.

Ainda, concluiu que a posição dominante da AmBev, o fato de estarem presentes marcas de seu portfólio em quase a totalidade dos pontos de venda e a existência de economias de escala tornariam desnecessários acordos de exclusividade para atingir quaisquer dos benefícios em potencial.

Ressalta-se, por fim, que o Cade afirmou não ser necessária a comprovação de fechamento de mercado para que seja constatada a anticompetitividade da prática. Para tanto, faz-se suficiente que seja verificada a não-linearidade praticada por agente de mercado detentor de posição dominante. Além disso, utilizou-se o argumento de que a extensão do programa de fidelidade depende somente da AmBev, e que tal programa tem alto potencial de crescimento, caso não sejam tomadas as medidas apropriadas pela autoridade concorrencial.

Com base nos fundamentos acima, o Cade condenou a AmBev ao pagamento de multa equivalente a 2% de seu faturamento pelas condutas descritas no artigo 21, IV, V e VI, da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

Narrados os fatos relacionados ao caso e os argumentos utilizados pelo Cade para determinar a ilegalidade da conduta, passa-se à contraposição de tais argumentos aos parâmetros explorados nos tópicos anteriores.

Em primeiro lugar, constata-se que a análise desenvolvida pelo Conselheiro Furlan perpassou as três etapas sugeridas pela legislação e pela jurisprudência brasileiras¹¹⁸. Percebe-se que, em primeiro lugar, foram feitas considerações a respeito da posição dominante detida pela AmBev, a partir dos critérios objetivo e subjetivo. Depois, analisou-se a possibilidade de fechamento de mercado em razão do bloqueio e/ou restrição de acesso de outros fornecedores aos canais de comercialização e entendeu-se que haveria racionalidade econômica que sustentaria a prática, vez que o fechamento de mercado resultaria no (i) no aumento das vendas da AmBev e (ii) em última instância, conferiria à Representada poder de monopólio. Por fim, foram analisadas potenciais eficiências oriundas da conduta, alegadas pela Representada, e sua capacidade de compensar danos causados ao ambiente competitivo.

Passa-se à análise da conduta à luz dos parâmetros elaborados por Hovenkamp, explicados no segundo capítulo deste trabalho, quais sejam: (i) a criação, aumento ou prolongamento, ainda que em potencial, de poder de mercado para o agente; e (ii) o dano, ainda que potencial, aos integrantes do mercado em que a conduta de insere - ou a ausência de benefícios para os consumidores e/ou a desproporcionalidade entre o dano causado e o benefício gerado¹¹⁹.

Partindo-se do pressuposto de que a AmBev é detentora de posição dominante – considerados os critérios subjetivo e objetivo -, deve-se analisar o aumento ou o prolongamento do seu poder de mercado. Para esse fim, é necessário analisar de que maneiras a conduta sob análise cria ou agrava barreiras à entrada no mercado de cervejas.

De acordo com a análise feita pelo Cade, o mercado de cervejas teria barreiras oriundas dos seguintes fatores (i) restrição de espaço, (ii) reduzido capital de giro e impossibilidade de manutenção de estoques nos pontos de venda, (iii) altos custos de distribuição e comercialização, (iv) importância da marca comercial, (v) altos custos de transação relacionados a licenças e documentação; (vi) dominância das embalagens

¹¹⁸ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação, p. 141. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

¹¹⁹ HOVENKAMP, Herbert; The Antitrust Enterprise: Principle and Execution, p. 152. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

retornáveis e (vii) necessidade de prestação de serviços aos pontos de vendas (como organização de estoques, comodato de freezers, mesas e letreiros).

Considerando as características do Programa Tô Contigo (i.e. concessão de benefícios com contrapartidas de exclusividade de vendas ou imposição de percentual mínimo de estoque, não-linearidade e retaliação implícita pelo descumprimento das obrigações impostas), é possível entender que seriam afetados (i) os custos de distribuição e comercialização, vez que os concorrentes seriam obrigados a procurar meios alternativos de comercialização, ou seja, pontos de vendas não vinculados às obrigações de exclusividade; e (ii) a importância da marca comercial, vez que a presença das marcas AmBev em caráter de exclusividade dariam maior visibilidade e agregariam valor às suas marcas¹²⁰.

Assim, considerando a restrição ou o bloqueio de canais de distribuição, é possível argumentar o aumento de custos de rivais. Em contrapartida, há que se considerar o fato de que, de acordo com a análise do Cade, o Programa Tô Contigo vincula apenas 52% dos pontos de venda analisados. Para além disso, dos pontos de vendas participantes do programa, apenas cerca de 50% acredita estar vinculado a obrigações de exclusividade. Dessa maneira, os concorrentes têm a possibilidade de comercializar seus produtos em aproximadamente 75% dos pontos de venda, de maneira que ainda há possibilidade de rivalizar com as marcas AmBev por meio desses estabelecimentos.

Assim, ainda que o programa de fidelidade limite a atuação de concorrentes em parte dos pontos de vendas, não é possível afirmar que há aumento nos custos de rivais oriundos da prática. Isso ocorre porque, considerando que as obrigações de exclusividade estão restritas a aproximadamente 25% dos canais de comercialização, a disponibilidade de 75% desses canais poderia ser capaz de viabilizar a concorrência efetiva pelos demais players.

O mesmo se aplica em relação à importância da marca comercial. Vale lembrar que as preferências dos consumidores finais são moldadas, majoritariamente, com base (i) em propagandas e marketing e (ii) na disponibilidade da marca em pontos de vendas. Nesse sentido, a possibilidade de que os concorrentes disponibilizem suas marcas de cerveja em 75% dos pontos de venda indica que há possibilidade de que agentes rivais conquistem parcela considerável do mercado. Além disso, os rivais têm as mesmas possibilidades que as marcas do grupo AmBev de investir em propagandas e peças de marketing com o objetivo de moldar as preferências dos clientes.

¹²⁰ Esse elemento se relaciona com o fato de que as preferências dos consumidores finais são moldadas, também, com base na disponibilidade das marcas de cerveja nos pontos de vendas, conforme detalhado ao longo da descrição da conduta.

Nota-se que, para entrantes no mercado de cerveja, pode haver dificuldade de se estabelecer em razão da necessidade de altos investimentos em propaganda. No entanto, não ficou demonstrado de que forma o Programa Tô Contigo seria capaz de aumentar os custos de marketing, especialmente considerando o número reduzido de pontos de venda que estão vinculados às obrigações do programa Tô Contigo.

A título argumentativo, e tomando em conta a possibilidade de expansão, a prática será analisada a partindo-se do pressuposto da vinculação de todos os pontos de venda à obrigação de exclusividade do Programa Tô Contigo. Nesse caso, ainda que houvesse aumento dos custos de rivais e conseqüente fechamento de mercado no universo de pontos de vendas em relação aos quais foram impostas obrigações de exclusividade, há que se contrapor tal aumento com os benefícios eventualmente gerados.

Mesmo que o Cade tenha considerado não ser a prática justificável em razão das eficiências geradas, nota-se aqui que a concessão de descontos (mesmo que não-lineares) tem por conseqüência presumida a redução do preço pago pelo consumidor final. Ainda, a consideração feita pela autoridade concorrencial a respeito da necessidade de que fossem concedidos descontos proporcionalmente maiores por concorrentes para que esses pudessem competir efetivamente com a AmBev também implicaria na redução de preços para o consumidor, gerado, assim, um aumento de bem estar.

Ocorre que, não havendo *player* capaz de oferecer benefício superior àquele oferecido pela AmBev, a imposição de obrigações de exclusividade implicaria, de fato, no fechamento de mercado a partir do bloqueio dos canais de comercialização. Isso acontece porque nenhum ponto de venda teria incentivos para abandonar o programa, visto que os benefícios de manter-se nele não poderiam ser igualados por quaisquer rivais. Assim, a prática deveria ser considerada anticompetitiva caso (a) as obrigações de exclusividade fossem (ou pudessem ser) impostas a todos os pontos de vendas; e (b) não houvesse outro agente de mercado capaz de oferecer descontos ou benefícios capazes de compensar ou superar a desfidelização do programa proposto pela AmBev.

Assim, entende-se que a prática pode, potencialmente, alargar o poder de mercado da AmBev, em alguma medida. No entanto, a potencialidade da conduta de ocasionar fechamento de mercado ou aumento substancial de custos de rivais, de maneira a aumentar as barreiras existentes nesse mercado são remotas.

Dessa forma, quando analisado o segundo fator dos parâmetros propostos por Hovenkamp, i.e. os benefícios gerados para o consumidor final e sua proporcionalidade em relação a eventuais danos, verifica-se que (i) a conduta gera, ainda que potencialmente,

diversos benefícios ao consumidor final; e (ii) tais benefícios poderiam ser capazes de compensar eventuais danos, especialmente se (a) a prática não for capaz de alcançar todos os pontos de venda; e (b) houver rivais capazes de ofertar benefícios que compensem a desvinculação do programa de fidelização proposto pela AmBev.

4. CONCLUSÕES

4.1. Propósito legítimo e Meio Proporcional: Efeitos das Relações Verticais de Exclusividade

Conforme indicado, buscou-se entender, a partir da literatura do direito antitruste e de decisões proferidas pelo Cade, quais os critérios a serem levados em consideração para a análise de condutas unilaterais, especificamente das relações verticais de exclusividade. Foram utilizados e estudados alguns critérios fundamentais do direito antitruste e observou-se de que maneira tais conceitos foram manejados pelo Cade para formar seu entendimento sobre as relações verticais de exclusividade.

Ademais, foi tomada como parâmetro a definição de estudos de condutas ilícitas proposto por Herbert Hovenkamp, ou seja, analisar se a prática em (i) questão é capaz de criar, aumentar ou prolongar, ainda que em potencial, de poder de mercado para o agente; e (ii) causa dano, ainda que potencial, aos integrantes do mercado em que insere e prescinde de benefícios para os consumidores e/ou há desproporcionalidade entre o dano causado e o benefício gerado¹²¹.

Da análise da literatura relevante acerca do tema, entendeu-se que, para que uma conduta unilateral seja considerada lícita e regular, é necessário (a) que ela tenha um propósito legítimo e (b) utilize meios proporcionais para realizar esse propósito. Isto é porque as práticas verticais devem ser justificadas por um propósito econômico que tenha uma finalidade racional, visto que o objetivo primário de tais práticas não é a distorção da concorrência. Ou seja, o propósito legítimo deve ser uma premissa da atuação unilateral dos agentes de mercado.

Além disso, os meios proporcionais se relacionam à ideia de que eventuais danos causados pela prática afim de atingir o fim legítimo a que se direciona a prática não podem ser superiores aos benefícios por ela ocasionados, conforme proposto por Hovenkamp em seus parâmetros de análise mencionados acima. Nesse liame de raciocínio se insere a ideia de que o agente de mercado deverá adotar a maneira menos gravosa de atingir o fim pretendido.

A partir desses paradigmas de análise, percebeu-se que as decisões do Cade levam em consideração a posição dominante dos agentes responsáveis pela prática. Em um dos casos analisados – a decisão da SDE que concedeu medida preventiva em face da Odebrecht – não foi discutida à fundo a posição dominante do *player* responsável pela conduta. No entanto,

¹²¹ HOVENKAMP, Herbert; *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, p. 152. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

esse elemento foi estudado nos demais casos e constituiu um parâmetro importante para aferir a ilegalidade da prática. Foi possível compreender que a posição dominante é um elemento fundamental para que fique caracterizada a anticompetitividade da atuação do agente de mercado, de maneira que percebeu-se que, para o Cade, apenas acordos de exclusividade celebrados por players que detenham status de dominância são capazes de afetar negativamente o cenário concorrencial.

Além disso, as barreiras existentes também se fizeram presentes em todas as decisões. Percebe-se, nas três decisões analisadas, que as barreiras à entrada são um importante fator para aferir se há possibilidade de competição efetiva nos mercados relevantes. Ademais, a capacidade de rivais existentes no mercado, além de novos entrantes, de vencer essas barreiras, é um fator relevante na análise da anticompetitividade da prática.

Nas decisões é possível perceber que, caso a prática tenha o condão de potencializar barreiras já existentes, ela tem maiores chances de ser considerada um ilícito concorrencial. As barreiras à entrada se mostraram como um elemento central na análise do Cade, vez que é os efeitos da prática sobre elas foram tópicos de discussão em todos os casos aqui estudados. Nesse sentido, a possibilidade de manutenção ou expansão de rivais nos mercados afetados pela prática também parece ser um fator de relevância para determinar a ilicitude das condutas verticais.

Da mesma forma, o fechamento de mercados – pelo menos quando ocasionado por práticas que tem como resultado o aumento de custos de rivais – também é parte substancial da análise conduzida pelo Cade nos casos analisados.

Por outro lado, em sentido contrário ao que propõe a teoria de Posner, não é avaliada a eficiência dos rivais para aferir se sua entrada ou exclusão nos mercados estaria sendo barrada em razão desse fator. A análise de barreiras à entrada e a manutenção de concorrentes se centra na posição dominante do agente de mercado responsável pela prática e no agravamento/criação de barreiras, e não nas ações dos rivais que potencialmente teriam sua ação limitada em razão da prática.

Os efeitos da conduta foram analisados, nas decisões estudadas, majoritariamente em relação aos rivais, e não necessariamente em relação ao consumidor final. Ainda que o raciocínio da argumentação do Cade diga respeito à possibilidade de alargamento do poder de mercado pelo agente dominante e consequente aumento de preços e diminuição da demanda e da inovação, o consumidor final não parece ser o elemento fundamental da análise.

As eventuais eficiências geradas pela conduta, capazes de compensar os danos aferidos pelo Cade, foram avaliadas nos dois últimos casos estudados – i.e. na Nota Técnica

de Instauração do processo administrativo que estuda condutas o mercado de sorvetes e no voto elaborado pelo conselheiro Furlan no caso Tô Contigo. Ainda que tenham sido levantadas hipóteses segundo as quais a prática poderia gerar um aumento de bem estar ao consumidor final (por meio de diminuição de custos de distribuição, por exemplo), percebe-se que (a) quando constatado pelo Cade que a prática é capaz de produzir efeitos negativos, a análise das eficiências geradas parece superficial e tem sempre resultado negativo; e (b) a avaliação se centra nos efeitos positivos eventualmente gerados em relação a rivais, sem fazer maiores considerações a respeito de benefícios para o consumidor final.

Assim, entendeu-se que a análise do Cade considera todos os fatores sugeridos pela literatura antitruste. No entanto, o peso conferido a cada um dos elementos não necessariamente condiz com os parâmetros de análise adotados neste trabalho.

A existência de um propósito legítimo parece ter, de fato, sido adotada como premissa pelo Cade na análise dos casos estudados. O que se discute acerca da ilegalidade das condutas é a proporcionalidade dos meios empregados. Nota-se, a esse respeito, que a comparação entre efeitos negativos e benefícios da prática não parece se debruçar suficientemente sobre eventuais efeitos positivos, uma vez constatados os danos. Não há quaisquer considerações nas decisões estudadas por este trabalho, à existência de meios menos gravosos de se atingir o fim pretendido pelo agente de mercado.

Sobre a relação entre a análise conduzida pelo Cade e os fins a que se presta o direito da concorrência, entendeu-se que a análise considera o bem estar do consumidor final como um fator a ser avaliado para aferir a ilegalidade da conduta. No entanto, esse não parece ser o elemento central avaliado pela autoridade concorrencial brasileira.

A atenção especial, nas decisões analisadas, à possibilidade de restrição à atuação de concorrentes, sem sequer avaliar o grau de eficiência de tais concorrentes demonstra que o ponto central da análise parece ser a manutenção de determinados rivais no mercado, ainda que esses rivais não sejam capazes de se equiparar ao nível de eficiência do player dominante.

Ainda, vale notar que as vantagens competitivas detidas pelo player dominante que resultam de das economias de escala foram consideradas como parte do agravamento das barreias à entrada e utilizadas para caracterizar a ilicitude da prática. Essa ideia está em linha com os parâmetros de análise propostos por Richard Posner, mas criticados por Herbert Hovenkamp. Isto é porque Posner desconsidera o fato de que o agente dominante pode ser capaz de excluir ou manter fora do mercado um rival tão ou mais eficiente que ele como consequência das economias de escala detidas por ele sem que sua conduta seja necessariamente anticompetitiva.

Em resumo, conclui-se que a análise de relações verticais de exclusividade pela autoridade concorrencial brasileira, o Conselho Administrativo de defesa econômica (i) está baseado nos critérios propostos pela literatura antitruste, (ii) necessita da constatação de posição dominante para que se caracterize a ilicitude da conduta, (iii) considera as barreiras à entrada e o seu agravamento como elemento relevante, (iv) se centra, majoritariamente, nos efeitos da prática, especialmente no fechamento de mercado e (v) confere peso maior aos efeitos gerados em relação aos rivais do que em relação ao bem estar do consumidor final.

Assim, espera-se ter contribuído para o debate acerca da análise de relações verticais de exclusividade no âmbito do direito concorrencial brasileiro e, em alguma medida, auxiliar na construção de parâmetros para a atuação dos agentes de mercado que celebram acordos dessa natureza.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Brasília, 1 dez. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012. Brasília, Diário Oficial da União de 31 de maio de 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de julho de 1999. Brasília, Diário Oficial da União de 28 de junho de 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília. Julho de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>
Acesso em: 19 de março de 2017

COMISSÃO EUROPEIA. Decisão proferida no Caso 27/76 - United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities, julgado em 14 de fevereiro de 1978.

Department Of Justice Of the United States of America; Relatório do Departamento de Justiça Americano Sobre Condutas Unilaterais (The DOJ's Single-Firm Conduct Report: Promoting Consumer Welfare Through Clearer Standards for Section 2 of the Sherman Act), disponível em <<https://www.justice.gov/atr/dojs-single-firm-conduct-report-promoting-consumer-welfare-through-clearer-standards-section-2>>. Acesso em 7 de março de 2017.

EVANS, David S; Padilla, A. Jorge. Designing antitrust rules for unilateral practices: a neo-Chicago approach. CEMFI Working Paper No. 0417. Madrid, Spain, 2004.

FILHO, Roberto F., LIMA, Thalita M.; Metodologia de Análise de Decisões – MAD. Universitas Jus, UniCEUB, 2010. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206>. Acesso em 8 de março de 2017.

FORGIONI, Paula A. Direito Concorrencial e Restrições Verticais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, 4^a ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009, na 448^a Sessão de Julgamentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ata publicada no Diário Oficial da União em 24 de julho de 2009.

HOVENKAMP, H. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice. West Publishing: Saint Paul, Minesotta, 1999

HOVENKAMP, Herbert; The Antitrust Enterprise: Principle and Execution. Harvard University Press. Londres, Inglaterra, 2006.

MENDES, Francisco S., O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades. 8.5.2013. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, DF.

NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

POSNER, Richard A.; Antitrust Law. The University of Chicago Press, 2001.

POSNER, Richard A.; Natural Monopoly and Its Regulation. Cato Institute. Massachusetts, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. Malheiros, São Paulo. 2003.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 343/2013, contida nos autos do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU), assinado em Roma, em 27 de Novembro de 2009, publicado no Jornal Oficial n.º C 290 de 30 de novembro de 2009

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Voto-vista do proferido no Processo Administrativo 08012.006923/2002-18 em 20 de fevereiro de 2013, na 16ª Sessão de Julgamentos do Cade. Ata publicada no Diário Oficial da União em 26 de fevereiro de 2013.

WHISH Richard; BAILEY, David; Competition Law. Oxford University Press. Oxford, 2012.