

RESTRIÇÕES VERTICAIS EXCLUSIONÁRIAS E DESCONTOS DE EXCLUSIVIDADE: A BUSCA POR UM PADRÃO PROBATÓRIO

ANA PAULA PRADO GARCIA

Graduada em Gestão de Finanças Públicas pela UEMG e em Direito pela UFMG.

LEANDRO NOVAIS E SILVA

Doutor e Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Professor-Adjunto da disciplina na mesma Instituição. Pesquisador associado do Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (Nectar-ITA). Procurador do Banco Central do Brasil.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Financeiro e Econômico

RESUMO: O presente trabalho apresenta considerações de restrições verticais exclusionárias e, mais especificamente, de descontos condicionados à exclusividade. São apresentados seus efeitos, tanto os favoráveis quanto aqueles que são prejudiciais à concorrência. Apresenta-se a evolução do tratamento desta prática no direito antitruste dos Estados Unidos, da União Europeia e do Brasil, demonstrando-se que hoje há consenso quanto à aplicabilidade da regra da razão, e, portanto, quanto à inaplicabilidade da licitude (ou ilicitude) *per se*. Destacam-se os requisitos que a doutrina aponta para a aplicabilidade da exclusividade. São feitas considerações acerca dos descontos de exclusividade, bem como analisados, brevemente, casos em que essa conduta foi julgada nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil. São feitas considerações acerca do padrão probatório a ser utilizado quando da análise dessas condutas, que não deixam dúvidas quanto à necessidade de se criarem regras claras a serem seguidas para tornar a análise da regra da razão mais objetiva, dotada de certeza e previsibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da concorrência – Restrição vertical – Descontos condicionados – Exclusividade.

ABSTRACT: This paper presents considerations about vertical restraints, and more specifically rebate conditioned on exclusivity. It presents its effects are presented, both favorable as which are harmful to competition. Shows the evolution of the treatment of this practice in antitrust law of the United States, European Union and Brazil, demonstrating that today there is a consensus about the applicability of the rule of reason, and therefore about the inapplicability of legality (or illegality) *per se*. Then, this study presents the requirements that the doctrine points to the applicability of exclusivity. Cases of the United States, European Union and Brazil, are briefly presented. Considerations are made about the standard of proof to be used when analyzing these behaviors, which leave no doubt as to the need to establish clear rules make the rule of reason analysis more objective, endowed with certainty and predictability.

KEYWORDS: Competition law – Vertical restraint – Conditional rebates – Exclusivity.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Restrições verticais: o que são? – 3. Exclusividade: 3.1 Tratamento das restrições verticais exclusionárias: Estados Unidos, Europa e Brasil: 3.1.1 Estados Unidos; 3.1.2 União Europeia: da regra *per se* para a análise baseada nos efeitos; 3.1.3 Brasil; 3.2 Exclusividade: possíveis eficiências; 3.3 Exclusividade: potenciais efeitos anti-competitivos; 3.4 Exclusividade: requisitos de aplicação – 4. Descontos de exclusividade: 4.1 Considerações gerais; 4.2 Disposições do Guia da UE 2008 especificamente quanto a descontos de exclusividade; 4.3 Jurisprudência internacional; 4.4 Jurisprudência brasileira: Paiva Piovesan e Caso Tô Contigo-AmBev; 4.5 Padrão probatório: questão central – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa contribuir para o debate atualmente existente no Direito Concorrencial sobre as restrições verticais exclusionárias, mais especificamente dos descontos condicionados à exclusividade. O Brasil possui pouquíssimos casos de descontos condicionados, o que faz com que essa conduta seja a de menor experiência e robustez na jurisprudência brasileira.

Este trabalho tece considerações que podem contribuir, de alguma maneira, para o Guia de Análise de Restrições Verticais, documento que está sendo elaborado no momento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

No primeiro tópico apresenta-se o conceito de restrições verticais, suas modalidades e como tais restrições são disciplinadas no Direito brasileiro.

O segundo tópico aborda o conceito de exclusividade, além de realizar uma breve abordagem da aplicação das restrições verticais exclusionárias nos Estados Unidos, Europa e no Brasil. Este tópico também detalha os possíveis efeitos (positivos e negativos) advindos da prática de exclusividade, bem como os requisitos apontados pela doutrina para a aplicação da exclusividade.

Traçado tal arcabouço teórico e entendidos os conceitos e implicações das restrições verticais exclusionárias, o terceiro tópico tece considerações acerca dos descontos de fidelidade, que são entendidos como um tipo de prática de exclusividade. Ainda apresenta casos de descontos de exclusividade que foram julgados na União Europeia e nos Estados Unidos, bem como um dos casos mais emblemáticos do tema no Brasil. Em seguida, são feitas considerações acerca do padrão probatório a ser utilizado quando da análise de descontos de exclusividade.

Por fim, o quarto tópico apresenta a conclusão do presente trabalho, na busca do estabelecimento dos critérios que podem compor um padrão probatório, a ser utilizado pelas autoridades antitruste para a análise das condutas exclusionárias.

2. RESTRIÇÕES VERTICAIS: O QUE SÃO?

Antes de partir para a proposta do trabalho, que é estudo da temática específica dos descontos de exclusividade, é importante que sejam tecidas algumas considerações gerais acerca das restrições verticais e, mais especificadamente, acerca das restrições verticais exclusionárias. Nesse intuito, este tópico abordará o conceito de restrições verticais, suas modalidades e como tais restrições são disciplinadas no Direito brasileiro.

Para o Direito Concorrencial, as restrições verticais podem ser conceituadas como estipulações contratuais, geralmente inseridas nos acordos verticais, que restringem a liberdade de atuação do distribuidor ou do fornecedor.¹

O Anexo I da Res. Cade 20/1999² define o significado da expressão “práticas restritivas verticais” como “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)”.³

As restrições verticais podem se apresentar sob diversas formas, sendo as mais comuns: (a) exclusividade; (b) divisão territorial; (c) restrições sobre preços de revenda e (d) vendas casadas.

Tratam-se de práticas comuns do Direito Contratual que podem causar impactos competitivos significativos, sendo, por isso, objeto do Direito Antitruste. Em atenção à possibilidade da ocorrência desses impactos competitivos, o ordenamento jurídico pátrio estabelece que as restrições verticais serão consideradas infrações à ordem econômica quando implicarem a incidência de qualquer dos efeitos listados nos incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste).⁴ Desse modo, apenas serão infrações à ordem econômica aquelas

-
1. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 25.
 2. Ainda que a Res. Cade 20/1999 tenha sido revogada pela Res. Cade 45/2007 (Regimento Interno do Cade), as disposições e conceitos contidos em seu anexo ainda servem de referência para o Direito Concorrencial brasileiro.
 3. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Res. 20, de 09.06.1999. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf]. Acesso em: 13.07.2013. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/1994.
 4. BRASIL. Lei 12.529, de 30.11.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm]. Acesso em: 13.07.2013. Estrutura o Sistema

condutas que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de: (a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros; e (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

À primeira vista, distinguir o ilícito do lícito parece um tanto quanto fácil, já que bastaria constatar se o efeito (ou potencial efeito) é observado na realidade dos fatos. Tratar-se-ia, portanto, de uma simples constatação de subsunção da norma do art. 36 da Lei 12.529/2011.

Entretanto é bem possível que essa distinção seja aquela que encontra maior dificuldade de explicação no Direito Antitruste. Essa dificuldade advém do fato de que a determinação da licitude ou ilicitude, nessa matéria, depende de uma interpretação estritamente relacionada ao momento histórico e político de um país. Ademais, entendidas as normas antitruste como um mecanismo de implantação de políticas públicas, é, de fato, impossível dissociá-las da realidade e cristalizar seu processo de interpretação e aplicação. Assim, essa distinção não pode, mesmo, ser uma tarefa das mais triviais.

Levanta-se, então, o questionamento quanto à necessária segurança jurídica na aplicação do Direito Concorrencial aos casos de restrições verticais. Não há dúvidas de que segurança e previsibilidade quanto à distinção da licitude e ilicitude das condutas em análise são condições necessárias para o bom fluxo das relações econômicas. Contudo, há que se ressaltar que a essa necessidade corresponde uma equivocada crença de que em qualquer situação haveria apenas uma resposta jurídica possível.⁵

Vê-se, assim, que é necessário que haja um meio seguro para que se analisem potenciais efeitos (positivos e negativos) advindos de uma restrição vertical. Nesse sentido, muito embora haja renomadas teorias sobre as eficiências das restrições baseadas no melhor alinhamento dos incentivos das empresas a montante e a jusante, nenhuma delas desenvolveu-se a ponto de demonstrar como devem ser valorados os potenciais efeitos anticompetitivos das restrições verticais em relação às eficiências.⁶

Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27.12.1990, o Dec.-lei-3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal e a Lei 7.347, de 24.07.1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11.06.1994 e a Lei 9.781, de 19.01.1999; e dá outras providências.

5. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 52.

6. *Idem*, p. 54.

Essa deficiência das teorias, aliada à falta de evidências empíricas diretas acerca dos efeitos das restrições verticais, fazem com que as decisões a serem tomadas remanesçam indubitavelmente sujeitas a indesejáveis graus de incerteza e subjetividade.

O próximo tópico trará importantes considerações acerca das restrições verticais exclusionárias, bem como seu conceito e possíveis efeitos concorrenciais (prejudiciais ou benéficos). A partir desse substrato teórico, será possível compreender os denominados “paradigmas de evolução das restrições verticais”,⁷ é dizer, a forma pela qual os intérpretes autênticos, no decorrer dos anos e em diversas jurisdições, trataram as restrições verticais, considerando-as ora como pró-competitivas, ora como anticompetitivas. Nesse intuito, o próximo tópico apresentará a evolução do tratamento e o entendimento acerca das restrições verticais nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil.

3. EXCLUSIVIDADE

As restrições verticais exclusionárias são uma das possíveis modalidades de restrições verticais. São entendidas como aquelas mediante as quais a parte (ou ambas) obriga-se a não contratar com terceiros o mesmo objeto do negócio que mantém com a outra. Nesse sentido: “Um acordo de exclusividade é um contrato por meio do qual um comprador promete comprar suas necessidades de um ou mais produtos exclusivamente de um vendedor individual”.⁸

Os casos de acordos verticais de exclusividade são possivelmente os mais difíceis da prática de defesa da concorrência.⁹ Isso porque a linha que separa a desejável agressividade concorrencial do indesejável excesso nessa agressividade é tênue. Para identificar essa fronteira, é importante que se consiga balancear as possíveis eficiências e os possíveis efeitos prejudiciais à concorrência decorrentes de práticas exclusionárias.

7. Observa-se essa evolução no tratamento das restrições verticais sejam elas exclusionárias ou não.

8. “An exclusive dealing arrangement is a contract under which a buyer promises to buy its requirements of one or more products exclusively from a particular seller” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St Paul: Thomson/West, 2005. p. 436).

9. “A comparação com casos de cartel realça essa dificuldade: não há nenhuma circunstância em que um cartel seja desejável do ponto de vista social” (MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Predação através de programas de fidelização: o caso do programa Tô Contigo. In: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p. 500).

3.1 *Tratamento das restrições verticais exclusionárias: Estados Unidos, Europa e Brasil*

Esse tópico delineará, brevemente, a evolução do entendimento norte-americano, europeu, e, como não poderia deixar de ser, o brasileiro acerca da aplicação das restrições verticais exclusionárias.

3.1.1 *Estados Unidos*

Nos Estados Unidos, entre os anos 1950, 1960 e 1970, no período conhecido como “pré-Chicago”, as decisões antitruste mostraram um panorama desfavorável e simplista em relação às restrições verticais, já que muitas condenações *per se* foram lançadas. A preocupação girava muito em torno das estruturas e das concentrações econômicas, e o objetivo era o de preservar a concorrência intramarca, assim como a independência do distribuidor ao comercializar o produto.

No período seguinte, no ápice da “Escola de Chicago”, doutrina e jurisprudência se inclinaram a uma postura muito mais permissiva em relação às cláusulas de exclusividade. O que explica tal leniência ante as condutas de exclusividade é o entendimento de que a intenção das cláusulas de exclusividade não seria a de afetar a concorrência, mas sim a de produzir eficiências, como, por exemplo, a economia de escopo, redução de problemas informacionais e de custos de transação. Consideravam, portanto, que a eficiência alocativa necessariamente induziria ao bem-estar do consumidor. Mais do que isso, conforme essa escola, a eficiência aprimoraria a atuação dos agentes no mercado e, conseqüentemente, aperfeiçoaria sua capacidade competitiva.¹⁰

O que sustentava o argumento da Escola de Chicago era a ideia do *single monopoly profit*, segundo a qual o monopolista de um mercado não tem incentivos para ser monopolista de um segundo mercado, já que, de qualquer maneira, este já alcança todo o lucro sendo monopolista apenas no primeiro mercado.

Os exageros na aplicação dessa teoria implicaram um retorno da tendência permissiva, de modo que se chega, inclusive, a defender a legalidade *per se* das restrições verticais.

Contudo, esse panorama encontrou algumas oposições. A partir da ideia do comportamento estratégico, foi possível contestar o pensamento neoclássico,

10. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 247.

segundo o qual o que justificava as restrições verticais seria a produção de eficiências alocativas, sem que se quisesse eliminar ou prejudicar a concorrência.¹¹

Críticos à Escola de Chicago, denominados “Pós-Chicago”, embora aplaudissem a análise econômica introduzida por ela, a acusavam de ter uma visão demasiadamente simplista. Nessa esteira, esses críticos indicam prejuízos concorrenciais provenientes dos acordos verticais, sem, contudo, desprezar as eficiências que tais condutas também traziam.

Sustentam, desse modo, que as restrições verticais podem trazer resultados proveitosos, mas também negativos, e esses efeitos positivos e negativos precisam ser ponderados caso a caso. Ou seja, é provável que um aparente ganho de eficiência não seja contrabalanceado por um prejuízo concorrencial, como, por exemplo, pela perda ou diminuição de incentivo à entrada de novos concorrentes. Dessa forma, nem sempre soluções centradas somente no resultado alocativo coincidem com os interesses dos consumidores, tampouco com a proteção à livre concorrência.

Em síntese, vê-se que a prática antitruste norte-americana no tratamento de restrições verticais foi marcada por intenso debate e, sobretudo, por grandes oscilações entre o rigor (Pré-Chicago) e a absoluta tolerância (Escola de Chicago), e com a Escola de Pós-Chicago parece ter encontrado um “meio termo”.

Para a consideração acerca da licitude ou ilicitude das cláusulas de exclusividade, as Cortes norte-americanas geralmente levam em conta, dentre outros, os seguintes fatores: (a) duração dos contratos; (b) probabilidade de conluio naquele setor da economia; (c) o fato de outras empresas do setor valerem-se de pactos de exclusividade para a distribuição de seus produtos; (d) a magnitude das barreiras à entrada; (e) a natureza dos sistemas de distribuição que permanecem disponíveis.

Nesse sentido, a eficiência não é a única preocupação das Cortes, de modo que igualdade de condições para concorrer e liberdade de escolha do consumidor são fatores que desempenham importante papel na aplicação do Direito Antitruste norte-americano.¹²

Com efeito, o texto normativo norte-americano¹³ autoriza interpretação mais próxima da regra da razão, levando à admissão da valoração das eficiências e dos prejuízos causados pela exclusividade.

11. Idem, loc. cit.

12. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial*... cit.

13. Seção III do Clayton Act (UNITED STATES OF AMERICA. *Clayton Act. Act of October 15, 1914. Legal information institute*. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/15/14]. Acesso em: 15.07.2013).

3.1.2 União Europeia: da regra *per se* para a análise baseada nos efeitos

Quanto à experiência europeia, é importante destacar que a aplicação do Direito Concorrencial inicialmente foi marcada por uma análise altamente formalística, cujo nível de sofisticação e razoabilidade não era dos maiores. Assim, por exemplo, quando se tratava de exclusividade, a maioria das condutas avaliadas seria ilegal *per se*, e as eficiências seriam desconsideradas. Nesse sentido:

“Diz-se que a Europa resistiu bravamente e por muito tempo à Escola de Chicago. Nesse sentido, a própria estrutura industrial europeia, composta de empresas de dimensões muitas vezes mais reduzidas que as americanas, bem como um sistema de distribuição pulverizado e peculiar conduzem a uma velada coroação da máxima *small is beautiful*.”¹⁴

Contudo, tal entendimento, baseado na regra *per se* foi abandonado e hoje é adotada a regra da razão, em uma análise baseada nos efeitos. Esse processo de evolução do tratamento culminou com o Regulamento 2.790, de 22.12.1999,¹⁵ que corporificou as diretrizes do atual entendimento europeu sobre cláusulas de exclusividade. Assim, as cláusulas de exclusividade, de uma forma geral, devem ser compreendidas como benéficas, desde que a concorrência entremarcas seja forte. O Regulamento estabeleceu a presunção de legalidade relativamente aos acordos verticais conforme o *market share* do fornecedor ou do comprador, sendo lícitos aqueles que envolvam parcela igual ou inferior a 30%. Em suma, pode-se dizer que o atual entendimento europeu para os acordos de exclusividade proíbe somente as práticas que podem ter efeitos realmente negativos e relevantes sobre o mercado (o que, presume-se, não ocorrerá se estiver envolvido percentual inferior a 30%).¹⁶

Ademais, segue-se dando relevo à sua potencialidade de dano, especialmente quanto: (a) ao fechamento do mercado mediante o aumento das barreiras à entrada; (b) à redução da concorrência entremarcas como facilitadora de con-

14. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 58.

15. COMUNIDADE EUROPEIA. Regulamento (CE) 2790/1999, de 22.12.1999 relativo à aplicação do n. 3 do art. 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. L 336/21, 29.12.1999. Disponível em: [www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Paginas/RegulamentoUE-n2790-1999Comissao-22Dezembro1999.aspx]. Acesso em: 20.07.2013.

16. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 180.

cluíos, expressos ou tácitos; (c) à redução da concorrência intramarcas; e (d) criação de obstáculos para a integração dos mercados.¹⁷

Observe-se que em 2008 a União Europeia editou um guia de análise de restrições verticais exclusionárias adotadas por empresas dominantes. Esse documento¹⁸ observa que a posição dominante não é, por si só, ilegal, e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base em seus próprios méritos. Contudo, a empresa dominante possui uma responsabilidade especial no sentido de que não deve permitir que a sua conduta impossibilite uma concorrência efetiva e não falseada no mercado.

Conforme o documento em referência, a Comissão Europeia, órgão que aplica o Direito Antitruste na União Europeia, incidirá sobre os tipos de condutas que são mais prejudiciais para os consumidores.¹⁹ Ademais, há o reconhecimento de que o mais importante é a proteção da concorrência e não dos concorrentes.

A abordagem geral do Guia acerca das condutas exclusionárias dá relevo ao poder de mercado e o fechamento de mercado com prejuízo para o consumidor.

Para a avaliação da posição dominante, a Comissão levará em conta a estrutura concorrencial do mercado e, notadamente: (a) a posição no mercado da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes; (b) a possibilidade de expansão dos atuais concorrentes ou de entrada de concorrentes potenciais; (c) a capacidade de negociação dos clientes da empresa.

O Guia pontua que as quotas de mercado são um importante indicio quanto à estrutura do mercado e quanto à importância relativa das empresas que nele operam. Nesse sentido, quotas pequenas geralmente indicam ausência de poder de mercado significativo, de modo que se sugere que, quando a quota de mercado detida pela empresa é menor que 40%, é pouco provável que exista posição dominante.

Merece destaque a definição do Guia sobre o fechamento de mercado, qual seja:

17. Idem, p. 60.

18. UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão na aplicação do art. 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*. C 45/7, 24.02.2009. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF]. Acesso em 20.07.2013.

19. Ou seja, condutas que levam, a preços mais altos, produtos de qualidade inferior, menor variedade de bens e serviços, e menos inovação.

“Situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efetivo dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou ao mercado, o que irá provavelmente permitir a esta último aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores.”²⁰

Essa definição sugere que a aplicação de um teste de duas fases será invocada para avaliar se determinada conduta é anticompetitiva. De acordo com esse teste, a Comissão deve, primeiramente, estabelecer se há fechamento de mercado e, em seguida, provar que tal fechamento provavelmente vai prejudicar o bem-estar do consumidor. A referência ao bem-estar do consumidor é importante, pois sugere que uma conduta que afeta apenas a “estrutura da concorrência”, por exemplo, eliminando concorrentes menos eficientes, mas que não prejudique os consumidores; não levaria a uma condenação. É, portanto, a presença de (provável) prejuízo ao consumidor que vai desencadear a intervenção da Comissão.

O Guia enumera uma série de fatores geralmente relevantes para a avaliação de fechamento de mercado: (a) a posição da empresa dominante, (b) as condições do mercado relevante; (c) a posição dos concorrentes da empresa dominante; (d) a posição dos clientes ou fornecedores de insumos; (e) a extensão da conduta supostamente abusiva; (f) possíveis evidências de fechamento atual, e (g) evidência direta de qualquer estratégia exclusionária.²¹

Por fim, o documento indica que a Comissão irá intervir onde haja “evidências sólidas e convincentes” de que a conduta supostamente abusiva “é suscetível de conduzir ao fechamento de mercado”.

Quanto à exclusão baseada em preços, o Guia estabelece que a Comissão somente interferirá para evitar o fechamento de mercado quando o comportamento em causa tenha impedido ou possa impedir a concorrência desenvolvida por competidores que sejam considerados igualmente eficientes em relação à empresa dominante.²²

Para determinar se um concorrente hipotético igualmente eficiente à empresa dominante seria capaz de sobreviver a um fechamento de mercado, a Comissão analisará informações econômicas acerca dos preços de custo e de

20. § 19 (UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão... cit.).

21. § 20 (Idem).

22. § 23 (Idem).

venda, e, especialmente, se a empresa dominante está praticando preços abaixo dos custos.²³

Se o teste do competidor igualmente eficiente sugerir que um concorrente de igual eficiência consegue concorrer com as práticas de preços da empresa, então a Comissão assumirá, em princípio, que não é provável que as práticas de preços da empresa em posição dominante afetem negativamente a concorrência, e, nesse caso, será pouco provável que intervenha. Se, ao contrário, a informação sugerir que o preço cobrado pela empresa em posição dominante tem o potencial de fechar o mercado aos concorrentes de igual nível de eficiência, então a Comissão irá integrar esse fato na avaliação geral sobre o fechamento de mercado tendo em consideração outras provas quantitativas e qualitativas relevantes.

O documento apresenta, também, a possibilidade de que uma empresa em posição dominante justifique um comportamento que leve a um fechamento de mercado invocando ganhos de eficiências que sejam suficientes para tornar pouco provável um prejuízo aos consumidores. Para tanto, a empresa deve comprovar que: (a) os ganhos de eficiência concretizaram-se ou é provável que se concretizem, em consequência da conduta; (b) a conduta é indispensável para a concretização dos ganhos de eficiência; (c) os prováveis ganhos de eficiência compensam qualquer eventual efeito negativo sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores; (d) o comportamento não elimina uma concorrência efetiva por meio da supressão de todas ou parte das fontes atuais ou potenciais de concorrência.²⁴

3.1.3 *Brasil*

Embora a primeira Lei da Concorrência no Direito brasileiro remonte a 1962, uma evolução substancial da legislação da concorrência pátria ocorreu mais recentemente, após a aprovação da Lei 8.884/1994. Nesse momento histórico, a moderna teoria econômica sobre as restrições verticais já estava bem estabelecida e houve um consenso de que uma abordagem formalística para esses tipos de conduta não era desejável, de modo que o Direito brasileiro adotou a regra da razão.

23. § 25 (Idem).

24. Nesse caso, o Guia explica que: "30. Quando não existe concorrência residual nem ameaça provável de entrada, a proteção da rivalidade e do processo de concorrência sobrepõe-se a possíveis ganhos de eficiência. Na opinião da Comissão, o comportamento de exclusão que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio não pode ser justificado por criar também ganhos de eficiência" (idem).

Assim, tanto a antiga Lei (8.884, de 1994)²⁵ quanto a nova Lei (12.529, de 2011),²⁶ que a revogou, são claras ao caracterizar a infração tendo como base os seus efeitos.²⁷

Sem dúvida, a Lei da Concorrência brasileira estabeleceu um sistema segundo o qual toda conduta deve ser avaliada de acordo com os seus efeitos reais ou potenciais, em uma análise baseada na regra da razão. Assim, os impactos negativos e os potenciais ganhos de eficiência deve ser equilibrados, a fim de se estabelecerem os efeitos líquidos da conduta sob investigação. Apenas quando tais efeitos líquidos são negativos é que uma restrição vertical deve ser considerada ilegal pela legislação brasileira.

Também são destacadas, no Direito brasileiro, questões como poder de mercado, efeitos da conduta sobre parcela significativa do mercado alvo da restrição, bem como a consideração de possíveis eficiências.

Como visto, parece haver certo consenso no que diz respeito à aplicação da regra da razão. No entanto, essa aparente unanimidade despreza elementos importantes do nosso sistema jurídico, o que faz com que seja impossível que se conclua que haja no Brasil um posicionamento firme quanto às cláusulas de exclusividade.

É sabido que a licitude da exclusividade depende de autorização concedida pelo Cade (ou de isenção em bloco, derivada de lei específica) a partir do momento em que a exclusividade prejudicar a concorrência. A ponderação entre “prejuízos” e “eficiências” compete à autoridade antitruste e não aos agentes econômicos.²⁸

Seguindo a orientação geral da revogada Res. Cade 20/1999, desenvolveu-se uma abordagem em três fases. Primeiro, as autoridades devem verificar se a parte investigada se encontra em uma posição dominante (já que a maioria das restrições verticais são avaliadas no contexto de abuso dessa posição). Em segundo lugar, é importante demonstrar se o fechamento do mercado seria uma estratégia racional para a empresa dominante e se seria suscetível de

25. BRASIL. Lei 8.884, 11.06.1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm]. Acesso em: 28.07.2013. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

26. BRASIL. Lei 12.529, 30.11.2011... cit.

27. Com efeito, o art. 36 da Lei 12.529/2011 trouxe, basicamente, uma combinação dos antigos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, sem quaisquer inovações.

28. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial*... cit., p. 181.

prejudicar a concorrência. Em terceiro lugar, as autoridades devem equilibrar os potenciais efeitos negativos contra o resgate, a fim de verificar os efeitos líquidos da conduta.²⁹

No entanto, há que se observar que o texto da Res. Cade 20/1999 é bastante amplo e abstrato na concepção da análise baseada nos efeitos, o que deixa espaço para as autoridades desenvolverem critérios detalhados por meio da jurisprudência.

Com efeito, apesar de adotar abordagem geral com base na regra da razão, um olhar mais atento à jurisprudência mostra alguma inconsistência para a implantação efetiva deste tipo de análise. Na verdade, o sistema de Direito da Concorrência brasileiro tem aplicado diferentes padrões de prova para casos diversos, com algumas decisões que aplicam um padrão muito baixo para “efeitos potenciais” ou “escopo anticompetitivo da conduta”, que tem se aproximado a uma análise formalista.³⁰

Assim, a abordagem da regra da razão tem sido objeto de testes com base em critérios qualitativos e raciocínio intuitivo em vez de uma desejável avaliação rigorosa e estruturada, levando assim a algumas inconsistências e à incerteza jurídica.³¹

29. COMUNIDADE EUROPEIA. Regulamento (CE) 2790/1999... cit.

30. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *For a rigorous “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: an analysis of the EU and Brazilian competition law*. São Paulo: Cedes, 2012. p. 31.

31. Um exemplo que ilustra essa inconsistência no julgamento de restrições verticais exclusionárias é a diferença dos entendimentos adotados quando do julgamento de dois casos. O primeiro caso consistia em um contrato de exclusividade no mercado de leite que envolvia a Itambé. Depois de uma investigação preliminar, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendeu que não havia indícios de efeito negativo no mercado. Depois de 4 (quatro) anos, o Cade entendeu que, apesar de não ter indícios de que houve um efeito negativo, não poderia descartar completamente o potencial efeito negativo e, assim, o processo administrativo foi instaurado. Observe-se que após quatro anos não houve demonstração de um efeito prejudicial, contudo, ainda assim o Cade, por meio de um padrão de provas baixo, manteve a investigação. Em sentido oposto, outro caso foi o de uma decisão muito dividida do conselho que envolvia a Celular CRT S.A., de modo que a conduta investigada era um contrato de exclusividade para venda de telefones celulares no varejo. Depois de uma longa investigação, o Cade identificou índices de fechamento de mercado relativamente abrangentes. Apesar desses altos índices, o caso foi arquivado, sob o fundamento de que havia evidências nos autos de que outras empresas haviam crescido no período da investigação. Vê-se que é difícil conciliar os dois casos. No caso Itambé, mesmo passados 4 (quatro) anos sem efeito negativo no mercado, o Conselho decidiu pros-

3.2 Exclusividade: possíveis eficiências

Neste tópico serão abordados os efeitos pró-competitivos, ou seja, as possíveis eficiências advindas das restrições verticais.

As eficiências das relações verticais se fundamentam na ideia *coasena* da redução de custos de transação, que são basicamente os custos de realizar uma transação no mercado em vez de realizá-la dentro da própria empresa. De modo a evitar esses custos, as empresas são incentivadas a se concentrarem verticalmente, organizando suas atividades complementares, como, por exemplo, o fornecimento de produtos e distribuição de insumos dentro da própria empresa.

A exclusividade, incluída em um contrato de fornecimento e distribuição, é capaz de eliminar muitas fontes de incerteza do empresário, o que possibilita a redução dos mencionados custos de transação. Por meio dela as transações continuarão a ocorrer, de tal modo que será conferida ao mesmo tempo segurança jurídica e econômica para os contratantes.³² Assim, evita-se o que se denomina *hold up*, ou “extorsão pós-contratual”. Explica-se: são comuns situações em que uma empresa deve realizar elevados investimentos para adimplir

seguir a investigação para averiguar se havia um efeito potencial. Por outro lado, no caso CRT, muito embora houvesse índices de fechamento de mercado relevantes, o Conselho entendeu pelo arquivamento, fundamentando-se no argumento de que não foram sentidos efeitos negativos sobre os concorrentes.

32. Vale referir o parecer proferido pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) no Processo Administrativo 08012.002841/2001-13, originado da representação que o Condomínio Shopping D, da cidade de São Paulo, efetuou contra prática da Sociedade Center Norte S.A. Construção. Tratava-se de uma cláusula de exclusividade, e a SDE entendeu que a cláusula seria, de fato, prejudicial à concorrência, mas ressaltou suas possíveis eficiências, como a prevenção ao efeito carona (*free riders*) bem como efeito *hold up* ao ponderar que “comumente, a imposição de cláusulas de exclusividade justifica-se, em sede de direito da concorrência, ou para viabilizar algum empreendimento que não seria realizado, caso a exclusividade não existisse, ou para impedir que os investimentos privados sejam apropriados por terceiros, em especial pelos próprios concorrentes do investidor. Por meio dessas cláusulas afastam-se, assim, os riscos da chamada externalidade” (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo 08012.002841/2001-13*. Repte: Condomínio Shopping D. Repdo: Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação. Secret. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. D. 26.03.2002. Disponível em: [www.cade.gov.br/Documento.aspx?f73cc452a491a0a192838e63ad9aaf87dc7ed190839460ae76a77d85a7af86dd6aea451c]. Acesso em: 05.08.2013).

as obrigações contratuais, sendo que muitos desses investimentos têm recuperação improvável caso o negócio se frustre. Uma vez celebrado o contrato e realizado o investimento, o poder de barganha do investidor diminui de forma relevante, o que o coloca em uma situação susceptível a possíveis extorsões. As cláusulas de exclusividade podem evitar esse efeito, diminuindo riscos e incertezas, de modo que à empresa investidora será garantido um retorno, e, com isso, será aumentado o grau de eficiência do próprio negócio. Essa segurança econômica também ocorre nos casos em que os contratantes conseguem reduzir a incerteza sobre a ocorrência e os preços das vendas futuras. Adicionalmente, restrições verticais por meio de contrato dão a ambas as partes do acordo um interesse atinente às instalações produtivas, observando-se que, em geral, quanto mais especializada for a planta, maior será o risco a ser dividido.³³

O comprometimento entre os contratantes pode dar aos fornecedores, por exemplo, a segurança de que necessitam para destinar recursos para investimentos de capital intensivo. No mesmo sentido, a exclusividade pode incentivar o fornecedor a fazer um investimento específico, como, por exemplo, a construção de uma planta de produção no entorno de determinado cliente. Sem esse compromisso, o fornecedor correria o risco de ficar com os ativos improdutivos, dada a especificidade em relação ao cliente.³⁴

Ademais, por meio da exclusividade se elimina uma das principais fontes de insegurança nas relações contratuais: o *free riding*. O *free rider* (carona) é o agente econômico que se beneficia de externalidades positivas advindas de ações de terceiros, sem que lance qualquer contrapartida no custeio desses ganhos. Por meio da exclusividade evita-se que os *free riders* falseiem o contexto de livre concorrência.³⁵

33. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 440.

34. Motta, Massimo. *Competition policy. Theory and practice*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2009. p. 335.

35. "Há três situações básicas que podem configurar o *free riding*. A primeira delas é o aproveitamento de custos de investimento de infraestrutura, em que o produtor financia e ou subsidia o estabelecimento do distribuidor, exigindo, em contrapartida fidelidade. A segunda hipótese é a do gasto promocional. Há, ainda, uma terceira hipótese em que se configura o *free rider*, que é a da "titularidade da lista de clientes". Trata-se de situação em que a lista de clientes é considerada um bem apropriável, e a exclusividade exigida em contrapartida. O problema não está, aqui, na preocupação com a proteção dos investimentos dos empresários, já que, em matéria de defesa da clientela, nada impediria que o empresário se protegesse por meio de um contrato bem elaborado, com cláusula de confidencialidade da lista de clientes. O que se faz temerário é a utilização do direito antitruste em uma função privatista, e não institucio-

Outra eficiência que pode ser atribuída às práticas exclusionárias diz respeito à eliminação da dupla marginalização. Quanto a esse efeito, observe-se que o Livro Verde europeu sobre os acordos verticais³⁶ explica que, quando detiverem certo grau de poder de mercado, o produtor e o distribuidor impõem, cada qual, sua margem de ganho. Essa dupla imposição, denominada pela doutrina especializada como “dupla marginalização”, decorre do fato de que cada um dos agentes econômicos toma suas decisões sobre os preços que praticará isoladamente, sem considerar o impacto para as atividades de seu parceiro vertical. Desse modo, o preço tenderá a ser demasiadamente elevado, ou seja, superior àquele que maximizaria os lucros conjuntos do produtor e de seus distribuidores. Por essa razão é que se entende que acordos de exclusividade contribuem para a solução desse problema.³⁷ Ainda que seja conveniente referir à situação em que se observa monopólio a jusante e a montante, a questão da dupla marginalização aparece sempre que existir algum poder de mercado em quaisquer mercados. Essa externalidade vertical eleva os preços que seriam ótimos para a estrutura vertical.³⁸

Quanto à alegação de eficiências como justificadoras de práticas exclusivistas, observe-se que não é objetivo do Direito em geral promover a eficiência ou o aumento do ganho total dos agentes econômicos. Para essa função ele seria desnecessário, justamente pela força que possui o mercado.³⁹ Se o Direito Concorrencial existe, por decisão constitucional e legislativa, seu objetivo é a resolução de conflitos de interesses de modo a tutelar um interesse previamente definido, que é a própria concorrência. Assim, se a concorrência é o valor a ser institucionalmente protegido, a análise deve, necessariamente, partir do estudo dos efeitos das práticas exclusionárias, e não de seu potencial criador de eficiências. Contudo, isso não significa que essas eficiências devam ser desconsideradas, mas apenas que a elas deve ser atribuída a exata dimensão, no sentido de que se demonstrem justificativas que afastem qualquer possibilidade de dominação de mercado.

nal. É dessa característica privatística que partem as principais críticas ao raciocínio que vê na eliminação dos custos de transação o elemento essencial para a avaliação da disciplina da exclusividade” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 250).

36. UNIÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*. Bruxelas (Bélgica). Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_pt.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.

37. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 155.

38. Motta, Massimo. Op. cit., p. 309.

39. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 251.

Nessa esteira, tratando-se de verticalização, a única eficiência admissível seria aquela que descaracterizasse o objetivo de eliminar a concorrência. Neste ponto, as eficiências devem ser entendidas como algo que garante que o comportamento cooperativo será mais lucrativo que o individual e não aquilo que permite a justificação do ato, mesmo em presença de limitação à concorrência.⁴⁰

Observe-se que comportamento independente, isto é, aquele voltado não à eliminação do outro, mas à melhoria do próprio desempenho, típico de mercados concorrenciais; só é possível quando da diluição do tamanho e poder dos agentes econômicos.

Entendidas as possíveis eficiências advindas da exclusividade, passa-se para o estudo dos possíveis efeitos anticompetitivos.

3.3 *Exclusividade: potenciais efeitos anticompetitivos*

O primeiro efeito anticoncorrencial a ser mencionado é o fechamento de mercado. A partir do momento em que o distribuidor vincula-se a um só fornecedor, comercializando apenas uma marca, os concorrentes desse fabricante podem perder um importante canal de escoamento de sua produção, de modo que os principais efeitos das cláusulas de exclusividade serão sentidos no mercado entremarcas.⁴¹ O impacto concorrencial advém, assim, da obstrução do acesso aos produtos, serviços ou canais de distribuição pelos agentes que não participam do acordo da cláusula de exclusividade. Desse modo, tem-se que o prejuízo à concorrência (efetivo ou potencial) se relaciona com a parcela de mercado cooptada pelo fabricante. É esse tipo de fenômeno que se tem em mente quando se diz que a exclusividade é capaz de fechar o mercado aos concorrentes.⁴²

40. Idem, p. 256.

41. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 163.

42. "Há, contudo, autores que defendem que as cláusulas de exclusividade não são prejudiciais à concorrência e que a teoria do fechamento de mercado não passa de uma falácia. Nessa linha, vale expor aqui a sistematização das críticas à *foreclosure theory*, efetuada por Januz Ordoover, Garth Saloner e Steven Salop: (i) o fornecimento de produtos para concorrentes não seria necessariamente impactado pela integração vertical. Por exemplo, uma empresa que consome X integra-se com o agente econômico que lhe fornece essa quantidade X, sem causar diminuição da quantidade de mercadorias disponível para os concorrentes (e, conseqüentemente, a elevação dos preços); (ii) pode não ser conveniente para um agente econômico integrado recusar-se a comerciar com antigos adquirentes, uma vez que perderá mercado; (iii) os fornecedores remanescentes podem não ter incentivos para aumentar os preços, porque a diminuição

Um segundo efeito normalmente relacionado aos acordos de exclusividade é a diminuição das opções do consumidor. Contudo, nesse ponto, cabe ressaltar que essa limitação somente configurará um ilícito antitruste na medida em que prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa ou ainda gerar aumento arbitrário dos lucros.

Uma terceira consequência diz respeito à limitação da concorrência potencial, uma vez que as cláusulas de exclusividade tornam-se importante barreira à entrada de concorrentes. Isso decorre do fato de que os potenciais concorrentes que quiserem entrar em um dos dois mercados – do fornecedor e do distribuidor –, deverão entrar em ambos para que tenham alguma chance de competir. Assim, para viabilizar sua atuação no mercado, os novos concorrentes terão que incidir em altos custos para a instalação de uma rede alternativa de escoamento de produção. Trata-se, aqui, da aplicação da teoria do aumento do custo dos concorrentes (*raising rival's costs*). Essa teoria baseia-se na crença de que muitas estratégias anticompetitivas tornam-se mais plausíveis se forem encaradas como práticas tendentes a aumentar os custos suportados pelos concorrentes e não simplesmente como meio de eliminá-los do mercado.⁴³

Outro efeito relacionado ao aumento de custo dos concorrentes decorre do fato de que a exclusividade leva a uma colusão involuntária. Nesse sentido:

“Imagine-se que um produtor que celebra contrato de exclusividade com a maior distribuidora da região. Os demais produtores sem acesso à principal rede de distribuição terão custos de distribuição muito mais altos. Deverão, em consequência, seguindo o raciocínio neoclássico restringir sua produção (exatamente para maximizar lucro na confluência entre custo marginal e receita marginal). Consequentemente, além do aumento da participação no mercado e potencial dominação por parte do agente, cria-se ainda uma ineficiência econômica (*dead weight loss*) oriunda do decréscimo de produção e aumento do preço decorrentes da exclusividade.”⁴⁴

do grau de concorrência pode ser mais aparente do que real; (iv) um agente econômico remanescente pode ter vantagens em não se integrar verticalmente, na medida em que se reserva a faculdade de optar por fontes alternativas de abastecimento ou escoamento da produção, ou seja, ele continuaria a ser um canal aberto de que terceiros poderiam se valer para a venda de produtos” (idem, p. 165).

43. “Many of the foreclosure theories of exclusive dealing become more robust if one views them, not as excluding rivals from a market altogether, but as raising rival's costs by relegating them to the inferior distribution channels” (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 436).

44. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 253.

Observe-se que, exatamente pelo fato de ter o potencial de levar à dominação do mercado por parte de um dos agentes, a cláusula de exclusividade tende a se difundir em um mercado após sua utilização e autorização pela primeira vez. Desse modo, a consequência será de verticalização de todo o mercado e a construção de significativas barreiras à entrada de novos concorrentes, bem como a criação de importante dificuldade à permanência daqueles produtores independentes que não se verticalizaram.⁴⁵

Outra consequência que normalmente se atribui às cláusulas de exclusividade é a facilitação de cartéis. Aponta-se que elas podem servir à solidez dos conluíus na medida em que diminuem o poder dos compradores de forçar os fabricantes a concorrerem entre si. Desse modo, a exclusividade pode auxiliar os competidores a superarem obstáculos que normalmente enfrentariam para manter o cartel e os preços acima dos níveis competitivos.⁴⁶

Em suma, quanto aos efeitos anticoncorrenciais advindos das restrições verticais exclusionárias, o foco das autoridades antitruste é o de que seja perquirida a hipótese de fechamento de mercado, de elevação do custo de rivais, e, de maneira mais ampla, de limitação de outras empresas concorrerem por meio de custos, diferenciação ou inovação. Dentre todos esses efeitos prejudiciais, destaque-se que o fechamento do mercado é a principal chave para a repressão de condutas cujo instrumento seja a restrição vertical.

3.4 *Exclusividade: requisitos de aplicação*

Entendidos os possíveis efeitos – positivos e negativos – advindos da exclusividade, é importante que se tracem critérios que sirvam de base para a aplicação da exclusividade.

O primeiro requisito de aplicação da exclusividade é a coerção, de modo que o único critério verdadeiro para a verificação da coerção é a existência de

45. Conforme Salomão Filho, a política antitruste, para ser coerente, deve reprimir a integração vertical em sua incipiência, desde que não existam justificativas que permitam eliminar o efeito anticoncorrencial da conduta (idem, p. 256).

46. "Exclusive dealing may facilitate collusion by denying buyers an opportunity to force sellers to bid against each other. This reduces the opportunities for cartel cheating. For example, if gasoline refiners are colluding, gasoline distributors might be able to force the refiners to bid against each other and reach agreements with individually negotiated secret terms. But if the cartel members agreed to use exclusive dealing contracts with their distributors, thus making them 'branded' resellers, then this bidding could be reduced" (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 438).

dependência. Na presença de dependência, exista ou não contrapartida, há indício de negociação compulsória, sendo, portanto, necessário passar para a análise dos demais requisitos.⁴⁷

O objetivo mais importante, conforme mencionado anteriormente, é o anticoncorrencial. Para que esse objetivo seja identificado, em se tratando de exclusividade, critérios estruturais do mercado têm particular importância, e, quando presentes, pode-se vislumbrar o objetivo anticoncorrencial ainda que existam eficiências relevantes.⁴⁸

As autoridades antitruste mantêm vigilância maior sobre o comportamento das empresas que detêm posição dominante. Essa postura se justifica porque é a atuação da empresa “mais forte” que, com maior probabilidade, poderá afetar (e prejudicar) a concorrência. Seu ato, na medida em que ela própria possui a capacidade para determinar o ambiente concorrencial, coloca em risco, de forma mais acentuada, a segurança do mercado.⁴⁹ Nesse sentido:

“Um melhor entendimento sobre como balancear efeitos negativos e positivos advindos dos contratos de exclusividade é necessário, mas parece seguro presumir que os efeitos negativos irão dominar os positivos somente se a empresa que se vale de contratos de exclusividade tiver uma posição de mercado muito forte” (trad. nossa).⁵⁰

Nesta esteira, tratando-se de exclusividade, é necessário que ao menos um dos mercados não seja competitivo. Isso porque neste tipo de mercado será comum a existência de dependência, o que explica a aceitação da cláusula de exclusividade. Note-se que tanto nos casos de poder de mercado do produtor, quanto no do distribuidor/fornecedor é, em tese, possível que a exclusividade gere efeitos anticoncorrenciais.

47. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 258.

48. “Vertical restraints and vertical mergers are anticompetitive only if they involve firms endowed with significant Market power (...). Accordingly, there is no need to monitor restraints and mergers which involve firms with little market power. An efficient policy towards vertical restraints would grant exemptions to all vertical restraints and mergers of firms which do not have large market power. From the operational point of view, it would seem a good proxy to exempt firms with market share below, say, 20-30%” (Motta, Massimo. Op. cit., p. 377-378).

49. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 238.

50. No original: “A better understanding of how to balance exclusionary and efficiency effects of exclusive contracts is needed, but it seems safe to assume that the former might dominate the latter only if the firm using exclusive contracts has a very strong market position” (Motta, Massimo. Op. cit., p. 372).

Contudo, não basta, simplesmente, que os mercados sejam oligopolizados. É necessário, ademais, que haja mínimas barreiras à entrada. O termo “mínimas” se explica pelo fato de que a verticalização, por si só, já consiste em uma barreira à entrada, na medida em que, caso um novo concorrente queira entrar em um mercado, ele terá que entrar nos dois que se encontram verticalmente integrados. É preciso, portanto, demonstrar que a verticalização é uma efetiva barreira, ou seja, que a chegada de novos concorrentes em um dos mercados integrados não é fácil nem barata, o que consiste no efeito anticoncorrencial da conduta. Nesse sentido:

“Antes de tudo, deve ser estabelecido se a fusão provavelmente vai levar ao fechamento de entrada, isto é, que os preços de entrada para as empresas a jusante independentes vai aumentar (concorrentes serão prejudicados). Se assim for, deverá continuar a investigação para a segunda etapa. Se não, a fusão deve ser aprovada. Na segunda etapa (se aplicável), deve-se averiguar se os preços finais ao consumidor são susceptíveis de aumentar ou não (a competição será prejudicada). Um procedimento semelhante deve ser seguido para as restrições verticais que podem levar ao fechamento do mercado para os rivais.”⁵¹

Ainda quanto ao fechamento de mercado, para que ele ocorra, é necessário que a empresa com grande percentual de dominação no mercado a jusante consiga fechar um significativo percentual de acesso ao mercado a montante. Assim, é sempre de suma importância analisar toda a rede de canais de distribuição através dos quais a distribuição eficiente pode ocorrer. Acordos de exclusividade que fecham apenas um canal de distribuição provavelmente permitem ampla competição entre os demais.⁵² Há, então, que se detalhar o efetivo fechamento de mercado que a conduta implica. Para tanto, as autoridades deverão analisar quais são a extensão e a duração da cobertura dos acordos de exclusividade, além de verificar a existência de outras cláusulas laterais.⁵³

51. No original: “First of all it should be established whether the merger will likely lead to input foreclosure, that is, that input prices for independent downstream firms will increase (competitors will be harmed). If so, the investigation should continue to the second step. If not, the merger should be cleared. In the second step (if applicable), it should be established whether the final consumer prices are likely to increase or not (competition will be harmed). A similar procedure should be followed for vertical restraints that might lead to foreclosure of rivals” (idem, p. 378).

52. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 437.

53. “A few courts have applied a two-part test that comes close to *prima facie* illegality when foreclosure are sufficiently high. Only if the market share falls below the threshold do these courts look to other factors. Nevertheless, since Jefferson Parish,

Hovenkamp traça outros pontos que devem ser levados em consideração, vejamos:

“Quando o *market share* for suficientemente alto, a regra da razão exige que os tribunais examinem outros fatores, incluindo (1) a duração dos contratos, (2) a probabilidade de colusão na indústria, e o grau em que outras empresas no mercado também empregam exclusividade, (3) a altura das barreiras à entrada; (4) a natureza do sistema de distribuição e as alternativas de distribuição que continuem disponíveis após exclusividade, além de (5) outros efeitos anti ou pró-competitivo óbvios. Entre estes últimos, os mais citados são a prevenção de *free riding* e encorajamento do distribuidor para atender as necessidades do fornecedor de forma mais intensa” (trad. nossa).⁵⁴

O último requisito de aplicação da exclusividade consiste na ausência de justificativas. Confrontado com a demonstração de que sua conduta põe em risco a dominação do mercado, o agente econômico acusado se incumbirá de demonstrar a existência de justificativas. Ele precisará demonstrar que as potenciais eficiências são o único objetivo possível de sua conduta.⁵⁵

exclusive dealing is rarely condemned on market share foreclosures lower than 30% or 40%. When shares are sufficiently high, Tampa's rule of reason requires courts to examine numerous of other factors, including (1) the duration of the contracts; (2) the likelihood of collusion in the industry, and the degree to which other firms in the market also employ exclusive dealing; (3) the height of entry barriers; (4) the nature of the distribution system and distribution alternatives remaining available after exclusive dealing is taken into account; and (5) other obvious anti or pro-competitive effects. Among the latter, the most often cited are prevention of free riding and encouragement of the dealer to promote the supplier's product more heavily” (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 444).

54. “When shares are sufficiently high, Tampa's rule of reason requires courts to examine numerous of other factors, including (1) the duration of the contracts; (2) the likelihood of collusion in the industry, and the degree to which other firms in the market also employ exclusive dealing; (3) the height of entry barriers; (4) the nature of the distribution system and distribution alternatives remaining available after exclusive dealing is taken into account; and (5) other obvious anti or pro-competitive effects. Among the latter, the most often cited are prevention of free riding and encouragement of the dealer to promote the supplier's product more heavily” (idem, loc. cit.).
55. “The resulting formulation is similar to the one contained in a jury instruction that the Supreme Court approved in Aspen: exclusionary conduct by a dominant firm is unlawful when it ‘unnecessarily excludes or handicaps competitors’. This includes ‘conduct which does not benefit consumers by making a better product or service available – or in other ways – and instead has the effect of impairing competition’.

Contudo, há que se destacar que, se a conduta exclusionária for racional do ponto de vista econômico, somente na presença da premissa de que destruirá a competição então essa conduta deverá ser condenada.⁵⁶

Assim, tem-se alguns critérios para a aplicação da exclusividade: (a) existência de poder de mercado; (b) conduta claramente prejudicial aos competidores; (c) fechamento de mercado; (d) conduta não justificável por razoabilidade econômica, ou, ainda que haja justificativa, que esta seja mais prejudicial do que necessária.⁵⁷

Além desses parâmetros, devem ser analisados: extensão da cobertura; duração dos acordos; existência de outras cláusulas laterais. Ademais, para a análise dos acordos de exclusividade, é necessária a capacidade de uma detalhada ponderação das eficiências em relação ao potencial efeito negativo de tais condutas.

4. DESCONTOS DE EXCLUSIVIDADE

4.1 *Considerações gerais*

Embora existam muitas definições de descontos de exclusividade, este trabalho considera tais descontos como aqueles que abrangem diferentes esquemas de incentivos concedidos por um fornecedor a seus clientes ou distribuidores/revendedores, desde que suas compras ou vendas atinjam ou excedam determinados limites formulados em termos de metas de volume, percentuais de necessidades totais ou aumento nas compras.⁵⁸

A prática de descontos é, em geral, bem vista pelas autoridades antitruste. No entanto, há que se ter atenção quanto ao seu formato, já que pode equivaler a uma ou mais das quatro condutas potencialmente anticompetitivas comentadas no item 2. Neste estudo, o foco é o desconto que equivale à exclusividade. Destaque-se que, mesmo neste caso, cabe aplicar a regra da razão, sendo, portanto, descabida sua ilicitude *per se*.

Descontos de exclusividade podem se entendidos como uma forma menos rígida de acordo de exclusividade pelo fato de os compradores terem a liberda-

The courts often say that such conduct lacks a legitimate business purpose" (idem, p. 279).

56. Idem, p. 277.

57. Idem, p. 280.

58. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 12.

de de escolher entre contratar ou não sob as condições do desconto.⁵⁹ Assim, a preocupação levantada por descontos condicionais é essencialmente semelhante à levantada pelos de exclusividade.

Quando cobrem uma parte suficientemente grande do mercado, esses descontos podem conduzir à exclusão de rivais. Os descontos de fidelidade podem, portanto, ser usados por empresas para impedir a entrada ou expansão de concorrentes, ou até mesmo forçá-los a sair do mercado quando eles forem incapazes de fazer frente aos descontos de forma sustentável.

As eficiências que podem advir de descontos de exclusividade podem ser observadas tanto do ponto de vista dos fornecedores quanto do ponto de vista dos clientes, o que explica por que eles são usados por empresas dominantes e não dominantes. Estes ganhos de eficiência incluem: (a) redução de preço, o que também estimula a redução de preços por parte de outros concorrentes, que por sua vez permite às empresas nos mercados a jusante que também reduzam os preços; (b) economias de escala e recuperação mais rápida dos custos fixos;⁶⁰ (c) economias de escopo e redução de custos de transação; (d) evitar o efeito da dupla marginalização;⁶¹ (e) prevenção de *hold up*;⁶² (f) serviços complementares: descontos de exclusividade também podem ser uma forma eficaz de fornecer incentivos para os clientes a fornecer serviços complementares (promoção do produto etc.), portanto, alinhando os incentivos dos clientes com os do fornecedor.

59. Quanto ao entendimento albergado nos Estados Unidos e na União Europeia acerca de tais descontos, observe-se que tanto a Seção III do Clayton act (EUA) quanto o art. 82 da EC tratam os descontos condicionados à exclusividade como uma conduta de exclusividade.

60. Nas indústrias com altos custos fixos, tais como, por exemplo, indústrias inovadoras (tecnologia da informação, produtos farmacêuticos etc.) ou de grandes serviços públicos (telecomunicações, energia etc.), os descontos permitem que os fornecedores aumentem a produção e, em contrapartida, recuperem seus custos fixos mais rapidamente (uma vez que serão capazes de alcançar economias de escala, espalhando seus custos fixos sobre volumes maiores) resultando em menores custos médios totais e em menores preços para os consumidores.

61. A dupla marginalização acontece no caso em que o cliente da empresa dominante também goza de poder de mercado significativo. Nessa situação, há o risco de que, ausentes os descontos, o preço seria mais alto do que o preço que prevaleceria no caso de haver um monopolista integrado verticalmente operando no mercado.

62. Os descontos de exclusividade podem ser o caminho mais eficiente para dar o tipo de garantias necessárias para que o fornecedor se envolva em investimentos relacionados ao cliente.

Os descontos podem ser de diferentes tipos, quais sejam: (a) por volume, em que os consumidores obtêm maiores descontos à medida que o volume das suas compras aumenta; (b) por fidelidade, estratégia de preços que condiciona a concessão de desconto para o consumidor ao alcance de um patamar mínimo, em geral em termos de percentual de compras totais realizadas, em dado período; e (c) descontos casados, em que, no caso de empresas com múltiplas linhas de produto, há concessão de desconto na compra de um produto associada à compra de determinada quantidade de outro produto.

Os descontos podem ser condicionados à exclusividade total ou parcial, explícita ou não, e podem depender de percentual mínimo de compras no total adquirido (não lineares, quando se tornam um programa de fidelidade) ou do volume de compras (lineares), sendo o primeiro mais caracteristicamente "exclusividade" do que o segundo.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou documento em que aponta os principais pontos de análise que devem ser considerados quando da avaliação dos descontos de fidelidade, quais sejam:

"a) Os descontos de fidelidade encorajam cada comprador a direcionar suas necessidades a poucos vendedores (...) e a realizar, com menos frequência, comparações de preço;

b) A força do 'efeito focalizador' depende (...) do seu grau de não linearidade;

c) Como consequência do efeito focalizador, os descontos de fidelidade podem alterar o modo predominante de concorrência do mercado, por exemplo, passando de uma rivalidade baseada na margem para uma competição com fundamento na totalidade ou na quase totalidade das necessidades do comprador (...);

d) Os descontos de fidelidade podem ter importantes efeitos anticompetitivos, como os seguintes: redução dos incentivos para que os fornecedores concorram via preço, dada a baixa transparência dos preços no mercado; aumento da probabilidade de interação coordenada; dano aos competidores existentes e novos entrantes que afetam adversamente a concorrência;

e) Os danos aos concorrentes são mais tendentes a causar também danos à concorrência se: os descontos de fidelidade forem disseminados no mercado ou praticados por firmas com posição dominante; ou se poucos fornecedores forem capazes de suportar uma concorrência baseada na totalidade ou na quase totalidade das necessidades do comprador (competição por lote/cliente);

f) A probabilidade de o desconto de fidelidade restringir exageradamente o número de empresas capazes de concorrer entre si aumenta consideravelmente

caso aqueles que concedem tais descontos possuam uma vantagem suplementar em relação aos seus concorrentes (por exemplo, quando a empresa que concede o desconto possui um produto considerado 'imprescindível' no portfólio das compradoras, de modo a possuir vantagem suplementar em relação aos seus concorrentes);

g) Os descontos de fidelidade tem efeito pró-competitivo de reduzir preços e ainda podem ter outras consequências positivas; e

h) É necessária uma análise caso a caso dos descontos de fidelidade, dado os seus possíveis efeitos pró e anticompetitivos, e sua dependência em relação às especificidades dos descontos e aos mercados em que são adotados" (trad. nossa).⁶³

Quanto aos diferentes descontos, cabe destacar que os descontos por volume (lineares) são usualmente bem vistos por auxiliarem na realização de ganhos de escala. Assim, os descontos são considerados pró-competitivos, em geral, quando são lineares, e anticompetitivos quando são não lineares.⁶⁴

Conforme Elhauge e Geradin:

"(...) comparado aos descontos por fidelidade, os descontos por volume são em geral menos restritivos dado que não restringem ao comprador a adquirir qualquer volume que ele deseje aos rivais da empresa que implementa o programa, além de serem mais relacionados às eficiências de ganho de escala próprias a este sistema de descontos por volume. Mas, quando o volume é definido de forma tal a cobrir quase ou toda a demanda do comprador, seu efeito prático pode ser basicamente o mesmo."⁶⁵

Quanto aos efeitos negativos dos descontos de fidelidade sobre a concorrência, tendem a acontecer quando disseminados no mercado ou praticados por firmas com posição dominante ou se poucos fornecedores forem capazes de suportar uma concorrência baseada na totalidade ou na quase totalidade das necessidades do comprador (competição "por lote" ou "por cliente").

Pontua-se, dessa forma, que os descontos não lineares praticados por empresa com posição dominante têm o condão de minar a habilidade de os

63. OECD. Policy roundtable. *Loyalty and fidelity discounts and rebates*. June 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf]. Acesso em: 23.02.2013. p. 9.

64. Desconto não linear é aquele que não reflete exclusivamente o volume comprado do fornecedor. Este tipo de desconto visa, em geral, premiar o percentual do volume do revendedor que é dedicado ao fornecedor.

65. ELHAUGE, Einer; GERADIN, Damien. *Global antitrust law and economics*. New York: Foundation Press, 2007.

concorrentes competirem no mérito, prejudicando, assim, a concorrência e a inovação. Entretanto, cabe alertar para o perigo de tornar ilegal *per se* toda e qualquer forma de apreçamento não linear.

A análise dos efeitos anticoncorrenciais de um programa de fidelização por meio de descontos não lineares deve analisar a capacidade de tais programas de deslocar os seus concorrentes. Assim, pela não linearidade de seu apreçamento, um programa de fidelização pode induzir seus consumidores a concentrarem toda a sua necessidade de consumo em um só ofertante. Logo, a competição será por lote, e não por unidade, de tal modo que o preço relevante para o consumidor será o preço médio e não o marginal.

Neste ponto, a questão crucial é determinar se há incapacidade das concorrentes em competir por lote, e, em havendo, quão importantes são as não linearidades na prática.⁶⁶ Ou seja, caso os competidores não sejam capazes de concorrer por lote, é necessário verificar se têm aptidão para concorrer pelas quantidades livres,⁶⁷ aos preços médios introduzidos pela empresa do programa de fidelização.⁶⁸ Aqui, a questão gira em torno da ineficiência, no sentido de que o rival deslocado pode ser mais eficiente, ou seja, produzir o mesmo produto a um custo menor.

É importante pontuar que, quando se trata de descontos condicionados à exclusividade, não há uma formula matemática para determinar sua licitude ou ilicitude. Assim, estabelecida a primeira condição, que é a assimetria entre os concorrentes no que diz respeito à capacidade de levar a cabo um programa

66. "Uma receita de bolo usada pelos tribunais e por practioners de defesa da concorrência é considerar que há a possibilidade da firma (potencialmente) predada não poder concorrer por lote somente se a firma (potencialmente) predadora for claramente dominante" (MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Op. cit., p. 347-364).

67. "Se o PF é relevante e há uma assimetria na capacidade de concorrer por lote, passa-se à análise da capacidade da firma (potencialmente) predada competir pelo suprimento das quantidades livres" (idem, loc. cit.).

68. "Em suma (...) duas condições são necessárias para que um PF possa ser caracterizado como anticompetitivo. Primeiro, é preciso que haja uma assimetria na capacidade que diferentes concorrentes têm de competir por lote. Em especial, a firma (potencialmente) predada deve ser, por alguma razão, incapaz de fazê-lo. Caso Contrário, a concorrência passa a ser por lote e não por cada quantidade de cada consumidor. O preço relevante passa a ser o preço médio em vez do marginal e não há, a priori, nenhuma razão para que o PF seja anticompetitivo. Atendida essa condição, uma condição necessária e adicional deve ser atendida: incapaz de concorrer pelo lote, a não linearidade do apreçamento da firma predadora é tal que a firma presa não tem capacidade de concorrer pelas 'quantidades livres'" (idem, p. 347-364).

de fidelização, e, observada, também, a incapacidade da firma predada de concorrer pelas quantidades livres, há que se observar outros fatores. Tais fatores são, dentre outros: (a) a extensão dos contratos, isto é, quanto do mercado está afetado por essas cláusulas; (b) duração dos mesmos; (c) existência de outras cláusulas laterais, como, por exemplo as de renovação de contratos, que acabam afetando o grau de abertura nesse mercado; e, por fim, (d) a dessincronização dos períodos de renovação.

A partir desses dados, é necessária uma detalhada análise do fechamento do mercado, bem como uma ponderação também detalhada das eficiências que podem advir dessas condutas. O esforço das autoridades antitruste em relação a estes pontos é de suma importância, para que seja possível chegar a uma conclusão objetiva e segura acerca do efeito líquido da conduta analisada.

4.2 Disposições do Guia da UE 2008 especificamente quanto a descontos de exclusividade

O Guia da União Europeia de 2008 define descontos de exclusividade como aqueles concedidos a clientes para os recompensar por um comportamento de compra específico.⁶⁹ Geralmente, os descontos são concedidos ao cliente cujas compras efetuadas ultrapassem determinado limiar, e sobre a totalidade das compras (descontos retroativos) ou apenas sobre os produtos comprados acima desse limiar (descontos progressivos). Observa-se que os descontos condicionais podem produzir os efeitos de fechamento de mercado sem necessariamente constituírem um sacrifício para a empresa dominante.

Ressalta-se que a probabilidade de ocorrer um fechamento de mercado é maior quando os concorrentes não podem competir em condições de igualdade para a totalidade da procura de cada cliente. Um desconto condicional pode permitir a utilização da parte não contestável da procura de cada cliente (ou seja, a quantidade que o cliente compraria, de qualquer maneira, da empresa dominante) como uma alavanca para diminuir o preço pago pela parte contestável da procura (ou seja, a quantidade que o cliente pode preferir e pode encontrar produtos substitutos).

Ademais, considera-se que os descontos retroativos, em geral, podem fechar o mercado de forma mais significativa, na medida em que podem tornar menos atrativa para os clientes a possibilidade de transferirem pequenas quan-

69. § 37 (UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão... cit.).

tidades para um fornecedor alternativo se essa decisão implicar a perda dos descontos retroativos.

A Comissão considera que quanto maior for o desconto em forma de percentual sobre o preço total e quanto maior for o limiar definido, maior será o estímulo abaixo do limiar, e, conseqüentemente, maior será a probabilidade de fechamento de mercado.

A Comissão sugere a aplicação do teste do competidor igualmente eficiente,⁷⁰ por meio do qual é possível investigar se o sistema de descontos pode impedir a expansão ou mesmo a entrada no mercado de concorrentes igualmente eficientes. O teste consiste em estimar o preço que uma empresa concorrente teria de oferecer para compensar o cliente pela perda do desconto condicional no caso de este último transferir parte da sua procura ("fração relevante").⁷¹

Além desses fatores, o Guia estabelece que é importante levar em conta se o sistema de descontos é aplicado com um limiar personalizado ou normalizado. Nesse sentido, considera-se que o limiar personalizado permite que a empresa dominante fixe um limite que dificulta a mudança de fornecedor, criando, as-

70. O Guia estabelece que quanto mais baixa for a estimativa do preço efetivo da fração relevante em comparação com o preço médio do fornecedor dominante, maior será o efeito da fidelização. No entanto, desde que o preço real permaneça de forma consistente acima do custo médio de longo prazo da empresa dominante, tal fato permitirá, em princípio, que um concorrente com o mesmo grau de eficiência concorra de maneira lucrativa, de modo que, *a priori*, nessas circunstâncias, o desconto não seria passível de produzir fechamento de mercado. Em geral, quando o preço real é inferior ao custo evitável médio, a aplicação do desconto pode excluir mesmo empresas concorrentes com o mesmo grau de eficiência. Quando o preço se encontrar entre o CEM (custo evitável médio) e o CMMLP (custo marginal médio de longo prazo), a Comissão investigará se outros fatores indicam que a entrada ou expansão de um concorrente com o mesmo grau de eficiência pode ser afetada. Nesse caso, a Comissão verificará em que medida as concorrentes possuem contra estratégias realistas e eficazes à sua disposição.

71. "42. (...) No que diz respeito aos descontos progressivos, o conjunto relevante é normalmente constituído pelas compras adicionais. No que se refere aos conjuntos retroativos, em geral, é relevante avaliar no contexto do mercado específico que quantidade dos pedidos de compra de um cliente pode ser, de forma realista, transferida para uma empresa concorrente. Se for provável que os clientes estejam dispostos e sejam capazes de transferir relativamente depressa uma parte significativa da procura para uma potencial concorrente, então é provável que a fração relevante seja grande. Se, por outro lado, for provável que os clientes queiram ou apenas sejam capazes de transferir progressivamente pequenas quantidades, o conjunto relevante será relativamente pequeno (...)" (UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão... cit.).

sim, um efeito máximo de fidelização. Pelo contrário, o limiar de volume normalizado (quando é igual para todos os clientes ou para um mesmo grupo de clientes) pode ser demasiado elevado para alguns clientes de menores dimensões e demasiado baixo para clientes de maiores dimensões, criando um efeito de fidelização maior. Ou seja, o efeito de fidelização é mais provável nos casos de limiares personalizados do que nos casos de limiares normalizados. Contudo, se puder ser estabelecido que o limiar do volume normalizado aproxima-se das necessidades de uma parte apreciável de clientes, a Comissão considerará que esse sistema de descontos poderá produzir fechamento de mercado.

4.3 *Jurisprudência internacional*

No caso *Hoffman La Roche vs. Comissão*, julgado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) em 1979, condenou-se o desconto de fidelidade instituído pela empresa Hoffman La Roche com poder de mercado no mercado de vitaminas. O valor do desconto era diferente de cliente para cliente e, normalmente, variava entre 1% e 5%, apesar do fato de que um cliente recebeu descontos de 12,5% para 20%.

No seu acórdão, o Tribunal de Justiça tomou os descontos em questão de forma idêntica à que tinha aplicado para as obrigações de exclusividade da La Roche. E afirmou que a empresa dominante também teria violado o art. 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia:

“89. (...) quando a dita empresa, sem vincular os compradores através de uma obrigação formal, aplica, quer em virtude de acordos celebrados com os compradores quer unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade, isto é, de abatimentos ligados à condição de que o cliente – seja qual for o montante, considerável ou mínimo, das suas compras – se abasteça exclusivamente, na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades, junto da empresa em posição dominante.”⁷²

O Tribunal de Justiça considerou que tais descontos eram incompatíveis com o objetivo de concorrência não falseada no mercado comum, porque não são baseadas em uma transação econômica que justifique esse fardo ou benefício, mas são projetados para privar o comprador ou restringir suas possíveis escolhas de fontes de abastecimento e de negar outros produtores o acesso ao mercado.⁷³

72. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão do Processo 85/1976. Hoffmann-La Roche/Comissão*. 13.02.1979. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0085:PT:PDF]. Acesso em: 07.08.2013.

73. § 90 (idem).

A Comissão Europeia considerou que tal prática retiraria dos clientes da empresa dominante a possibilidade de escolha entre outros possíveis fornecedores. Em segundo lugar considerou que a aplicação de condições desiguais a parceiros comerciais com posições equivalentes teria efeitos perversos à concorrência. O Tribunal de Justiça também estabeleceu uma distinção entre os descontos de fidelidade e os descontos por volume, afirmando que o desconto de fidelidade, ao contrário de descontos de quantidade exclusivamente relacionados com o volume de compras do produtor em causa, destina-se a impedir que os clientes contratem com os produtores concorrentes. Neste caso, a Corte firmou o entendimento de que empresas que detêm posição dominante não podem firmar acordos de exclusividade nem mesmo criar sistemas de desconto de fidelidade. Ou seja, no caso *Hoffman-La Roche*, a Comissão Europeia assumiu uma posição particularmente restritiva acerca dos descontos de exclusividade praticados por empresas dominantes. Em síntese, pode-se afirmar que adotou, neste e em todos os outros casos, a regra de ilegalidade *per se* para os descontos de fidelidade condicionados ao compromisso de compra do total ou alto percentual das necessidades com um fornecedor dominante, e que a Corte não analisa os efeitos dos descontos concedidos pela empresa dominante sobre a concorrência e bem-estar do consumidor.⁷⁴

Citem-se, ainda, casos europeus como o *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Commission* e a recente condenação da Intel. No primeiro caso se considerou que o desconto de fidelidade teria o efeito de fechamento de mercado caso fosse concedido por meio de um acordo entre a empresa em posição dominante e seus clientes, com a exigência de exclusividade ou quase exclusividade, com o intuito de impedir os clientes de contratar com fornecedores concorrentes.

Nesse caso, firmou-se o entendimento de que descontos com longos períodos de referência (por exemplo, um ano) são mais propensos a ser anticompetitivos do que descontos com curtos períodos de referência (por exemplo, três meses). Ademais, entendeu-se que regimes de descontos que são opacos (porque os termos e condições dos descontos não são claros) são mais propensos a serem anticompetitivos do que regimes de descontos transparentes e que os descontos “retroativos” (aqueles que apenas operam depois da compra de certo volume para que “reverta” para a primeira unidade adquirida) são anticompetitivos.⁷⁵

74. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 21.

75. §§ 81 e 83 (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTÍCIA. *Asunto 322/81*. Sentencia de 09.11.1983. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981CJ0322:ES:PDF]. Acesso em: 15.08.2013).

No segundo caso a Comissão Europeia impôs multa de um bilhão e sessenta milhões de euros pela prática de descontos de fidelidade da Intel, por considerar que, ao minar a habilidade dos concorrentes de competir no mérito, as ações da Intel prejudicaram a concorrência e a inovação.⁷⁶

A Intel, empresa dominante detentora de 70% do *Market Share* do mercado relevante foi acusada de praticar condutas anticompetitivas visando à exclusão dos concorrentes no mercado de *chips* de computador (CPUs), de modo a exercer indevidamente sua posição dominante.

A empresa foi acusada por ter: concedido descontos sigilosos aos fabricantes de computadores (Acer, Dell, HP, Lenovo e NEC) para possibilitar a compra total ou maciça de CPUs da Intel e de ter efetuado pagamentos diretamente ao varejista do setor de eletrônicos Media Saturn Holding para induzir o atraso ou interrupção dos lançamentos de computadores com chips AMD (conduta denominada de “descontos velados” ou “descontos não declarados”).

Observe-se o conteúdo da declaração emitida pela Comissão Europeia na ocasião da condenação da Intel:

“Alguns descontos podem levar a preços menores para os consumidores. Contudo, quando uma companhia possui posição dominante em um mercado, os descontos condicionados à aquisição reduzida de produtos dos concorrentes, ou à não-aquisição, são abusivos, de acordo com a jurisprudência consolidada dos Tribunais da Comunidade, a não ser que a empresa dominante possa apresentar motivos específicos para justificar a aplicação dos descontos no caso concreto” (trad. nossa).⁷⁷

Alguns estudiosos observaram que, ao contrário de uma crença comum, a Corte não aplica a regra de ilegalidade *per se* aos descontos de exclusividade concedidos pelas empresas dominantes como sugerido em alguns casos. Com

76. UNIÃO EUROPEIA. *Case COMP/C-3/37990 – Intel*. Summary of commission decision of 13.05.2009, relating to a proceeding under article 82 of the EC Treaty and article 54 of the EEA Agreement. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel_summary_decision_en.pdf]. Acesso em: 15.08.2013.

77. No original: “Certain rebates can lead to lower prices for consumers. However, where a company is in a dominant position on a market, rebates that are conditional on buying less of a rival's products, or not buying them at all, are abusive according to settled case-law of the Community Courts unless the dominant company can put forward specific reasons to justify their application in the individual case” (UNIÃO EUROPEIA. EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: commission imposes fine of 1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices. *Press Releases Database*. IP/09/745. 13.05.2009. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-745_en.htm]. Acesso em: 20.08.2013).

efeito, argumentam que os efeitos dos descontos deveriam ter sido considerados e que a Corte se mostrava disposta a considerar justificativas objetivas.⁷⁸

Nos EUA, decisão recente da Corte de Apelações do Terceiro Circuito reforça a tendência das jurisdições estrangeiras de decidir pela ilicitude das condutas de descontos de exclusividade. É o que demonstra o caso *LePage's Inc vs. 3M*,⁷⁹ em que se considerou que as condutas da 3M violavam as Seções 1 e 2 do *Sherman Act* e a Seção 3 do *Clayton Act*. Nesse caso, a 3M não exigia exclusividade dos lojistas, porém concedia descontos a seus principais atacadistas em torno de 0,2% a 2%, sob a condição de que esses adquirissem produtos de todas as principais linhas de produtos da 3M. Não obstante os preços da 3M estarem acima do custo, o Poder Judiciário concluiu, em decisão final, que tal prática dificultava o acesso de outras empresas e condenou a empresa.

Por meio dos casos apresentados, vê-se que as condenações revelam o entendimento de que houve violação das normas antitruste pelos agentes, na medida em que se tratava de estratégias de fechamento de mercado.

4.4 Jurisprudência brasileira: Paiva Piovesan e Caso Tô Contigo-AmBev

A jurisprudência brasileira quanto a descontos de exclusividade é relativamente escassa. Dentre os casos julgados serão apresentados dois, quais sejam, Paiva Piovesan vs. Microsoft e AmBev.

No caso Paiva Piovesan vs. Microsoft, a Microsoft foi acusada de ter oferecido substanciais descontos por volume para alguns distribuidores, e, conse-

78. O seguinte trecho do julgamento do caso "British Airways" sugere que os tribunais estão pelo menos, dispostos a contemplar as justificativas que poderiam ser oferecidas pela empresa dominante para justificar seus descontos, vejamos: "Daqui resulta que, para examinar o eventual carácter abusivo, no caso de uma empresa em posição dominante, de um regime de descontos ou de prémios que não constituem nem descontos ou prémios de quantidade nem descontos ou prémios de fidelidade, na aceção do acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, importa, antes de mais, verificar se estes descontos ou prémios podem ter um efeito eliminatório, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os co-contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais." (grifos nossos) (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3.ª SEÇÃO. Proc. C-95/04 P. British Airways PLC contra Comissão das Comunidades Europeias. 15.03.2007. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CJ0095:PT:HTML]. Acesso em: 15.08.2013).

79. *Inc. vs. 3M*, 324 F.3d 141 (3rd Cir. 2003).

quentemente, bloqueado a distribuição do *software* de finanças denominado *Finance*, que era produzido pelo competidor Paiva Piovesan. Nesse caso, o Conselho entendeu que oferecer descontos para alguns distribuidores era insuficiente para fechar o acesso ao mercado a jusante, já que este era composto por diversos distribuidores e revendedores que ainda estavam abertos para a venda de *softwares* concorrentes.

O caso mais expressivo da jurisprudência brasileira foi referente ao programa de fidelização da AmBev ("Tô Contigo"). Trata-se de caso recentemente julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (julho de 2009), em que se condenou o programa de fidelidade praticado pela empresa, aplicando-lhe a maior multa da história do Direito Antitruste brasileiro: R\$ 352.693.696,58.

Entendeu-se que os descontos, juntamente com uma política agressiva de marketing levaram a um acordo exclusivo "de fato".

A conduta condenada consistia em programa de acúmulo de pontos e trocas por prêmios equivalentes a descontos.⁸⁰ Os requisitos formais do programa não exigiam qualquer contrapartida. Entretanto, os requisitos informais exigiam exclusividade, já que o *share* da AmBev deveria ser de, no mínimo, 90%. Observe-se que visitas mensais de representantes da AmBev aos pontos de venda (PDVs) garantiam o *enforcement* da exclusividade. Conforme conclusão do Cade, a conduta em referência limitava o acesso de outros produtores de cerveja aos pontos de venda, dificultando, assim, a entrada e o desenvolvimento de concorrentes.

O grau de cobertura do programa em análise era de 78,4% dos PDVs selecionados e cerca de 25% do total de PDVs.

Quando do julgamento do processo administrativo relativo ao programa "Tô Contigo" de descontos não lineares da AmBev, o Cade pronunciou que os concorrentes de uma empresa com elevado poder de mercado que lança mão de práticas de exclusividade precisam aplicar um desconto muito superior ao da líder para restaurar a devida concorrência no setor.

Neste caso, entendeu-se que a exclusividade de vendas exigida por uma empresa dominante, em um mercado dotado de clara assimetria entre os concorrentes, acarretava aumento dos custos dos concorrentes, o que poderia conduzir a uma elevação dos preços e, até mesmo, à saída de um rival igualmente eficiente do mercado.

80. Interessante destacar que o programa "Tô Contigo" é um tipo de programa de fidelização amplamente utilizado por empresas, em vários setores, como, por exemplo, os programas de milhagens lançados por companhias aéreas.

Quanto aos possíveis efeitos positivos derivados da conduta, foi pontuado que o programa não apresentava eficiências e efeitos pró-competitivos, não se enquadrando, portanto, em nenhum dos requisitos de justificativa de exclusividade.⁸¹

Neste caso, o Conselheiro relator Fernando Furlan, ao votar pela condenação da empresa (voto este que foi seguido por unanimidade), afirmou: (a) que estava provado que o programa se constitui em um programa de descontos não lineares, levado a cabo por empresa com posição dominante no mercado; (b) que a não linearidade estava devidamente provada na exigência de exclusividade ou na imposição de limites de compra de cerveja de concorrentes; (c) que da não linearidade do programa decorria que a oferta de descontos e/ou prêmios vinculados requeria dos competidores a concessão de descontos maiores do que os ofertados pela empresa líder, a fim de que se conseguisse reestabelecer as condições iniciais do mercado.

Este caso constitui, até o momento, a única análise detalhada de programas de descontos de fidelidade no Brasil. Contudo, algumas questões permanecem sem resposta. Não houve, no caso, um real dimensionamento do nível de fechamento de mercado criado pelo programa de fidelidade. Ademais, não foi realizado um teste mais elaborado que pudesse identificar se um competidor igualmente eficiente poderia replicar o programa da AmBev, por fim, não houve um debate aprofundado acerca das justificações e eficiências, que foram simplesmente rejeitadas sem quaisquer análises mais detalhadas.⁸²

O problema principal neste caso foi que o Conselho não passou por uma análise de fechamento de mercado antes de considerar a prática como anti-competitiva. De fato, de acordo com a SDE, a AmBev teria argumentado que o programa de fidelidade alcançava 10% a 12% dos pontos de venda e cerca de 10% do total do volume das vendas, uma porção pequena do mercado, sob o ponto de vista de qualquer padrão. Com uma pequena porção do mercado afetado pela conduta, os competidores ainda teriam acesso à vasta maioria

81. Insta ressaltar que, em um voto de 96 páginas, apenas 1 foi dedicada para apreciação das eficiências. Nesse sentido, em seu voto, o rel. Fernando Magalhães Furlan assim concluiu: “262. Assim, diante do exposto é possível concluir que não existem eficiências econômicas capazes de justificar o Programa Tô Contigo da AmBev. Ressalto, ainda, que a representada não trouxe aos autos qualquer comprovação de eventuais eficiências derivadas de sua conduta” (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Processo Administrativo 08012.003805/2004-10*. Repte: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes. Repda: Companhia de Bebidas das Américas – AmBev. Cons. Fernando de Magalhães Furlan. D. 22.07.2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/149201312018761.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.)

82. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 36.

dos pontos de venda. Assim, ainda que o Conselho estivesse correto, e que o programa, de fato, levasse à exclusividade nos pontos de venda acobertados pelo programa de fidelidade, o nível de fechamento seria baixo e, assim, seria improvável que a conduta gerasse efeitos anticompetitivos. Nesse contexto, é possível que a aplicação dos testes do “competidor igualmente eficiente” ou o balanceamento de eficiências se fizessem desnecessários. No caso, a aplicação de um baixo padrão probatório de efeitos negativos reais fez com que o baixo nível de fechamento (i.e., 10% a 12% dos pontos de venda atendidos por AmBev) fosse insuficiente para julgar a conduta lícita e arquivar o caso. De fato, os efeitos potenciais e conduta percebidos no contexto em que a AmBev detinha uma posição dominante, combinados com a evidência de uma estratégia de *marketing* agressiva foram considerados suficientes para declarar a conduta anticoncorrencial. Quanto ao balanceamento de supostos efeitos anticoncorrenciais da conduta com suas possíveis eficiências, este exercício foi superficial e contou com elementos qualitativos. Assim, a análise do Cade chegou perto de uma análise formalística, uma vez que não se valeu de uma clara demonstração de fechamento ou qualquer balanceamento real de potenciais eficiências.⁸³

Com efeito, o caso exigiria uma análise mais rigorosa, com uma compreensão mais profunda acerca da capacidade da conduta de afetar concorrentes “igualmente eficientes”, o nível de exclusão que criou, e se foi compensado pelos potenciais ganhos de eficiência que criou em relação ao sistema de distribuição global da AmBev.⁸⁴

Cumpra destacar, ainda, que, ao aplicar no “Tô Contigo” os pontos destacados no tópico anterior, quais sejam: (a) capacidade de competição por lote; (b) relevância da não linearidade; (c) capacidade de competir pelas quantidades livres; (d) quantidade relevante; (e) periodicidade e sobreposição, chega-se a conclusão diversa à adotada pelo Cade. Nesse sentido, ainda que houvesse assimetria relevante na capacidade de concorrer por lote, o programa “Tô Contigo” não induz a concavidades relevantes no preço médio. Primeiramente, sendo o desconto médio ótimo de 2,7% (e 3,9% o máximo), o desconto embutido no programa não é exageradamente grande. Em segundo lugar, as quantidades necessárias para receber os descontos não são grandes o suficiente, relativamente ao consumo médio mensal para “prender” um PDV por muito tempo. Finalmente, a baixa não-linearidade do “Tô Contigo” não impede as empresas concorrentes de competir pelas unidades adicionais de bares participantes do

83. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 41.

84. Idem, p. 37.

programa. É interessante notar que nenhuma das alterações do programa sugeridas pela SDE inclui qualquer diminuição da não linearidade do programa.⁸⁵

4.5 *Padrão probatório: questão central*

Como mencionado anteriormente, desde a publicação da Lei 8.884 em 1994, há consenso no Brasil de que as restrições verticais devem ser analisadas de acordo com uma abordagem baseada em efeitos, entendimento este que se manteve na nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011).

Na verdade, no contexto brasileiro, a análise baseada em efeitos não foi capaz de desenvolver testes e padrões para definir de forma mais detalhada quando os efeitos líquidos de uma restrição vertical seriam considerados negativos para caracterizar a conduta como ilegal sob ponto de vista do Cade.⁸⁶

Explica-se: a aplicação da regra da razão exige a criação de testes jurídicos para a análise dos efeitos, de modo que essa abordagem seja feita de maneira coerente, rigorosa e objetiva. Nesse sentido, pode-se dizer que, em particular, a análise baseada em efeitos realizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido relativamente fraca, porquanto não tem focado na demonstração de reais efeitos de fechamento tampouco tem desenvolvido uma análise rigorosa dos efeitos potenciais da conduta. Essas análises requerem uma abordagem detalhada, baseada em fatos e fundamentada em critérios econômicos objetivos, como, por exemplo, o teste do competidor igualmente eficiente, para o caso de descontos de exclusividade. A abordagem feita pelas autoridades brasileiras não foi muito longe, e, por vezes, tem se limitado a observar os potenciais efeitos de fechamento para declarar certa conduta anticompetitiva.⁸⁷

Quanto ao balanceamento dos efeitos negativos e positivos, esse passo da análise somente deveria ser feito caso os efeitos de fechamento tenham sido comprovados. Na ausência de claros efeitos de fechamento, não há necessidade de desenvolver um teste de balanceamento. Por outro lado, nos casos em que os efeitos de fechamento são demonstrados, um balanceamento objetivo é necessário. Contudo, o Sistema de Defesa da Concorrência tem aplicado uma análise de balanceamento baseada quase que exclusivamente em considerações qualitativas e intuitivas, o que demonstra a necessidade de uma análise mais rigorosa e estruturada.⁸⁸

De fato, a raiz desse problema pode ser originariamente identificada nos termos vagos do art. 36, que, como mencionado, caracteriza como ilegal toda

85. MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Op. cit., p. 347-364.

86. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 39.

87. Idem, p. 40.

88. Idem, ibidem.

conduta que possa produzir certos efeitos, ou qualquer ato com o escopo de produzir certos efeitos negativos à concorrência. Na prática, isso tem levado ao arquivamento de casos com aplicação de padrões de prova rígidos que requerem a comprovação de efeitos negativos, e outros casos sendo condenados com base em padrões relativamente relaxados de efeitos potenciais e escopo da conduta.

A análise das condutas exclusionárias no Brasil carece da aplicação de testes semelhantes ao “teste do competidor igualmente eficiente”, o que consistiria em considerável esforço no sentido de decisões mais objetivas e previsíveis. Ainda, destaque-se que é fundamental a apresentação de uma definição e mensuração de fechamento de mercado, que se fazem necessários para saber se o fechamento de mercado é ou não substancial. Desse modo, para identificar o efeito líquido das condutas exclusionárias, é necessário um detalhamento da extensão do fechamento, bem como que haja a capacidade de ponderar objetivamente as eficiências em face dos efeitos anticompetitivos. A ideia de efeitos potenciais puramente teóricos deve ser evitada na linguagem das autoridades, sob pena de, no fundo, ser feita uma análise *per se*.

Assim, embora a abordagem brasileira esteja alinhada com a teoria econômica moderna, é necessário desenvolver testes mais claros para avaliar os efeitos reais e a aplicação padrões mais consistentes de prova.

Alguns princípios básicos, que podem ser utilizados como pontos de partida para a análise de restrições verticais, em geral, são: (a) restrições verticais não devem ser avaliadas pela regra *per se*; (b) a forma e natureza da conduta não são relevantes para suas avaliações, o que importa é tão somente o fechamento de mercado; (c) o teste do competidor igualmente eficiente é um padrão correto para análise; (d) o prejuízo ao consumidor deve ser demonstrado nos casos em que efeitos anticoncorrenciais em questão não são objetivamente justificados ou são compensados por eficiências.⁸⁹

De fato, não há uma fórmula matemática que permite identificar quando, em determinado contexto, um acordo de exclusividade deve ser considerado anticompetitivo ou pró-competitivo. Contudo, há certos fatores que podem ser levados em conta na análise dessas condutas.

O primeiro fator se refere ao dimensionamento do fechamento de mercado: ou seja, no dimensionamento da cobertura do acordo de exclusividade. Na verdade, não existe uma resposta padrão para definir um percentual de fechamento que seja susceptível de criar efeitos de encerramento, pois isso pode depender da participação no mercado que um fornecedor igualmente eficiente precisa capturar de forma rentável, questão particularmente importante em

89. Idem, p. 43-48.

mercados caracterizados por economias de escala e escopo. Por exemplo, em um mercado onde a escala mínima eficiente (o “EME”) é de 50% (i.e., um duopólio), uma cobertura de 60% é considerada excludente; ao passo que, em um mercado onde o EME é a 20%, a cobertura de 50% pode ser insuficiente para a ocorrência de fechamento de mercado. Determinar o encerramento do mercado, portanto, requer uma análise caso a caso.⁹⁰

Um segundo fator se relaciona à duração das cláusulas de exclusividade. Obrigações curtas têm menor probabilidade de gerarem efeitos perniciosos à concorrência.

A tarefa das autoridades de concorrência é, portanto, equilibrar os efeitos pró e anti-competitivo de obrigações de exclusividade. Tal equilíbrio não é necessariamente um processo “tudo ou nada”, em que as obrigações de exclusividade ou são totalmente aceitas ou totalmente rejeitadas. Em algumas circunstâncias, as autoridades de concorrência podem solicitar à empresa dominante que permita que seus compradores adquiriam algumas das suas necessidades de rivais (transformando uma obrigação de exclusividade em obrigação de comprar, por exemplo, pelo menos 75% das necessidades dos compradores, deixando assim 25% a rivais) ou para reduzir a duração da obrigação de exclusividade.

Quanto, especificamente, aos descontos de exclusividade concedidos por empresas dominantes, determinar se são anti-competitivos ou competitivos requer avaliações um pouco mais complexas.

As autoridades da concorrência precisam levantar quatro importantes questões para determinar se um desconto de exclusividade ofertado por uma firma dominante leva a abusos anticompetitivos. A primeira consiste na verificação da existência de poder de mercado. A segunda consiste em saber os descontos em questão impedem que um competidor igualmente eficiente tenha acesso aos consumidores. Se a resposta for positiva, a terceira questão consiste em determinar se os descontos representam parcela substancial do mercado no qual competidores igualmente eficientes poderiam competir. Se a resposta a essa questão for positiva, a quarta questão consistiria em saber se os efeitos de fechamento de mercado podem ser compensados pela presença de eficiências.

5. CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho, foi possível traçar importantes conclusões acerca das restrições verticais e, mais especificamente sobre as práticas de descontos condicionados à exclusividade. Verificou-se que tais práticas podem gerar tan-

90. Idem, p. 48-49.

to efeitos positivos quanto prejudiciais à concorrência, e que por esse motivo não é tarefa fácil distinguir as situações de licitude das de ilicitude.

Frente à evolução de diversos entendimentos no Direito Antitruste, é possível pontuar que atualmente há consenso quanto à impossibilidade de aplicação da ilicitude *per se*, sendo, portanto, aplicável a regra da razão. A regra da razão é, por assim dizer, o parâmetro que mais se alinha com a intenção do Direito Antitruste, cujo objetivo é a proteção dos consumidores e da concorrência em si.

Assim, é necessária uma análise econômico-estrutural do mercado relevante para que seja possível determinar os potenciais efeitos (negativos e positivos) da prática. Conclui-se que é preciso o desenvolvimento de diretrizes para a feitura do balanceamento desses efeitos, bem como é patente a carência de conceitos e mensurações como, por exemplo, do que vem a ser fechamento de mercado, e a partir de que grau este fechamento se faz substancial. Somente por meio desses conceitos, mensurações e diretrizes é que será possível, de fato, a utilização da regra da razão, já que na falta deles o julgamento é, por vezes, levado por argumentos intuitivos e subjetivos, que trazem incerteza e insegurança jurídica.

Ao propor normas jurídicas com enfoque na eficiência econômica, os órgãos de defesa da concorrência fornecerão instrumentos eficazes para nortear os agentes econômicos na formulação de suas políticas internas de descontos, sem lesar a concorrência. Com um cenário de segurança jurídica, os mercados se tornarão mais competitivos e as empresas serão incentivadas a implementar vantagens aos consumidores, gerando bem-estar social.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei 12.529, de 30.11.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm]. Acesso em: 13.07.2013.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Processo Administrativo 08012.003805/2004-10*. Repte: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes. Repda: Companhia de Bebidas das Américas – AmBev. Cons. Fernando de Magalhães Furlan. D. 22.07.2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/t49201312018761.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Res. Cade 20, de 09.06.1999*. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf]. Acesso em: 13.07.2013.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo 08012.002841/2001-13*. Repte: Condomínio Shopping D. Repdo: Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação. Secret. Paulo de Tarso Ra-

- mos Ribeiro. D. 26.03.2002. P. 26.03.2002. Disponível em: [www.cade.gov.br/Documento.aspx?f73cc452a491a0a192838e63ad9aaf87dc7ed190839460ae76a77d85a7af86dd6aea451c]. Acesso em: 05.08.2013.
- COMUNIDADE EUROPEIA. Regulamento (CE) 2790/1999, de 22.12.1999 relativo à aplicação do n. 3 do art. 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. L 336/21, 29.12.1999. Disponível em: [www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Paginas/RegulamentoUE-n2790-1999Comissao-22Dezembro1999.aspx]. Acesso em: 20.07.2013.
- ELHAUGE, Einer; GERADIN, Damien. *Global antitrust law and economics*. New York: Foundation Press, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- _____. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *For a rigorous “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: an analysis of the EU and Brazilian competition law*. São Paulo: CEDES, 2012.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.
- MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Predação através de programas de fidelização: o caso do programa Tô Contigo. In: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.
- MOTTA, Massimo. *Competition policy. Theory and practice*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2009.
- OECD. *Policy roundtable. Loyalty and fidelity discounts and rebates*. June 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf]. Acesso em: 23.02.2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- UNIÃO EUROPEIA. *Case COMP/C-3/37990 – Intel*. Summary of commission decision of 13.05.2009, relating to a proceeding under article 82 of the EC Treaty and article 54 of the EEA Agreement. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel_summary_decision_en.pdf]. Acesso em: 15.08.2013.
- _____. COMISSÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão do Proc. 85/1976. Hoffmann-La Roche/Comissão*. 13.02.1979. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0085:PT:PDF]. Acesso em: 07.08.2013.
- _____. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão na aplicação do art. 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*. C 45/7, 24.02.2009. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF]. Acesso em: 20.07.2013.

- _____. EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: commission imposes fine of 1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices. *Press Releases Database*. IP/09/745. 13.05.2009. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-745_en.htm]. Acesso em: 20.08.2013.
- _____. *Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*. Bruxelas (Bélgica). Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_pt.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.
- _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3.^a SEÇÃO. *Proc. C-95/04 P British Airways PLC contra Comissão das Comunidades Europeias*. 15.03.2007. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CJ0095:PT:HT ML]. Acesso em: 15.08.2013.
- _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Asunto 322/81*. Sentencia de 09.11.1983. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981CJ0322:ES:PDF]. Acesso em: 15.08.2013.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Clayton Act. Act of October 15, 1914. Legal information institute*. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/15/14]. Acesso em: 15.07.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acordo para fixação de preços de revenda, ilegalidade per se e regra da razão. Uma análise acerca da jurisprudência norte-americana, de Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 20/39;
- Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop, de Vicente Bagnoli – *RIBRAC* 13/231;
- Descontos e concorrência, de Priscila Brolio Gonçalves – *RIBRAC* 20/53;
- Fixação de preços de revenda (*Resale-Price Maintenance* – *FPR*): elementos para um roteiro de investigação, de César Mattos – *RIBRAC* 8/27;
- Restrições Verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências, de Jorge Fagundes – *RIBRAC* 12/107;
- Restrição vertical por fixação de preços, de Marcos Vinício Chein Feres – *RIBRAC* 9/67; e
- Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica, de Mario Luiz Possas, João Luiz Pondé e Jorge Fagundes – *RIBRAC* 8/123.