

CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE COMO CONDOTA ANTICOMPETITIVA: METODOLOGIA DE ANÁLISE SOB A ÓTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Luiza Kharmandayan e João Carlos Nicolini de Moraes

Resumo. Ao mesmo tempo em que podem resultar numa restrição à concorrência, as cláusulas de exclusividade têm o potencial de produzir eficiências compensatórias que justificam sua legítima aplicação. Assim, para determinar seu caráter pró ou anticompetitivo, é necessário apurar seus efeitos líquidos. Esse exame envolve a consideração de diversos critérios que, embora tratados por diferentes fontes do direito concorrencial, não se encontram compilados e sistematizados, de modo a oferecer uma metodologia de análise consolidada. Este trabalho se volta justamente a apresentar, sobretudo com base na jurisprudência do Cade, uma metodologia de análise dessas cláusulas que sirva como parâmetro para casos futuros.

Palavras-chave. Cláusula de exclusividade; efeitos; restrições; eficiências; metodologia; jurisprudência

Key-words. Exclusivity clause; effects; restrictions; efficiencies; methodology; case law

Introdução

O aprimoramento constante da política de defesa da concorrência no Brasil, em curso pelo menos desde a edição da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, certamente resultou em um combate mais efetivo às condutas anticompetitivas¹. Embora esse eixo repressivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) normalmente evoque esforços contra condutas coordenadas, sobretudo cartéis, chama-se cada vez mais a atenção para a relevância da repressão a condutas unilaterais², cujo potencial lesivo à

¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Defesa da Concorrência no Brasil - 50 anos. Brasília. 2013. p. 104. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrncia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em 19 set. 2018.

² A título de exemplo, menciona-se que, no Encontro do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional- IBRAC, realizado

economia não pode ser subestimado. Ao mesmo tempo, porém, é igualmente necessário que se atente para as particularidades desse tipo de conduta, que requer uma análise que vá além da constatação de se a prática investigada foi ou não realizada, considerando também os efeitos por ela gerados. Afinal, diferentemente do que ocorre com cartéis, tais práticas têm o potencial de gerar importantes eficiências que podem justificar seu emprego, caso em que se revelarão úteis ao próprio desenvolvimento do negócio.

Acordos de exclusividade são um tipo de prática unilateral amplamente utilizados pelos mais diversos agentes econômicos em seus negócios³ e, ainda que em grande parte desses casos tais relações não sejam capazes de lesar a concorrência – motivo pelo qual, dadas certas características, sequer passam pelo crivo de algumas autoridades antitruste⁴ –, exigem uma aplicação cautelosa, para assegurar que não ultrapassem seu escopo legítimo.

Diante disso, o presente artigo se volta sobretudo à jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), para explorar e sistematizar o tratamento conferido a cláusulas de exclusividade no Brasil, no período que se estende da Lei 8.884/94 até a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência - LDC). Busca-se, assim, não apenas elencar as diferentes etapas de análise desse tipo de restrição, mas também examinar cada estágio desse processo, esclarecendo sua relevância e

em 14 de setembro de 2017, cujo objetivo era promover um debate entre o setor privado e o Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, sobre a agenda institucional da autoridade para os quatro anos de seu mandato, sugeriu-se ao Presidente que fosse dada maior atenção às condutas unilaterais, investindo no aprimoramento de sua análise e reduzindo o tempo de tramitação dos processos sobre esse tema. Ademais, foi sugerido por representante do Comitê de Concorrência do Instituto que fossem criadas coordenadorias especializadas na análise de condutas unilaterais, assim como existem atualmente coordenadorias especializadas em cartel, na Superintendência-Geral do CADE.

³ Por exemplo, um recente estudo da União Europeia sobre vendas online concluiu que 50% de todos os produtores estabeleciam alguma forma de exclusividade territorial com seus distribuidores – vide http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf, p. 66.

⁴ Na União Europeia, por exemplo, há uma isenção antitruste para acordos de exclusividade desde que nenhuma das partes detenham mais do que 30% de *market-share* nos mercados relevantes afetados. Vide http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf, p. 45.

os elementos que devem ser considerados em cada um deles. Pretende-se, dessa forma, propor uma metodologia de análise das cláusulas de exclusividade na esfera antitruste, que reflita tanto as melhores práticas internacionais, quanto os entendimentos já assentados pelos precedentes do CADE.

Para tanto, o artigo está dividido em três partes, além desta introdução: na **primeira** seção, apresentamos os potenciais riscos à concorrência relacionados às cláusulas de exclusividade e os benefícios que delas podem resultar, abordando, portanto, as razões pelas quais se entende que estas cláusulas exigem que seus efeitos sejam apurados caso a caso; na **segunda** seção examinamos, sobretudo com base na jurisprudência do Cade, cada uma das etapas que compõem essa análise; por fim, na **terceira** seção, apresentamos breve conclusão.

1. As potenciais restrições concorrenciais e eficiências relacionadas às cláusulas de exclusividade

Relações de exclusividade envolvem cláusulas restritivas estabelecidas entre os agentes econômicos em suas relações contratuais e podem ser constituídas de duas formas: (i) exclusividade de direito; ou (ii) exclusividade de fato. Enquanto a exclusividade de direito é estabelecida de forma clara (normalmente via uma cláusula contratual), a exclusividade de fato, baseada eminentemente em descontos, depende de uma análise mais detalhada tanto das circunstâncias específicas dessa prática (preço e volume do desconto), quanto da possibilidade de uma empresa igualmente eficiente duplicá-la.

De todo modo, independentemente de sua caracterização como exclusividade de direito ou de fato, verifica-se que a principal preocupação concorrenciais referente a essa restrição diz respeito ao **risco de fechamento do mercado** (*market foreclosure*) para rivais potenciais ou efetivos, a ponto de distorcer a concorrência como um todo. Isso porque, a exclusividade que vincula o fornecimento de um insumo pode comprometer o acesso de concorrentes ao mesmo, ao passo que a vinculação de canais de distribuição a um único fornecedor pode implicar na perda de um importante canal de escoamento de produção para os concorrentes. Nesses casos, ao **dificultar artificialmente o acesso de competidores a insumos ou a consumidores finais**, a prática terá o efeito de proteger ou reforçar o poder de mercado da empresa dominante, impedindo novas entradas, excluindo rivais do mercado

e/ou tornando-os menos efetivos⁵⁻⁶. Diante de tais preocupações de cunho concorrencial, nota-se que a prática de exclusividade pode se enquadrar no art. 36, § 3º, III e IV, da Lei de Defesa da Concorrência. *In verbis*:

Art. 36. (...)

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

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

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

É nesse sentido, portanto, que os acordos de exclusividade podem configurar condutas verticais potencialmente exclusionárias e, conseqüentemente, caracterizar exercício abusivo de posição dominante. Contudo, somente se pode chegar a esta conclusão após uma criteriosa análise dos efeitos líquidos da conduta no caso concreto, haja vista que diversas **eficiências compensatórias** podem decorrer do estabelecimento de relações de exclusividade.

Tal prática pode, por exemplo, figurar como **garantia de uma demanda firme que viabilize investimentos** intensivos. Além disso, a exclusividade pode se justificar como **proteção contra o efeito carona** (*free*

⁵GERGERADIN; PEREIRA NETO, *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes. Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 32-34.

⁶ Entende-se, ainda, que o aumento da possibilidade de colusão é também um efeito negativo dos acordos de exclusividade, na medida em que pode favorecer o monitoramento de preços a jusante por parte de membros de um cartel a montante.

riding) em relação a investimentos específicos, os quais poderiam ser apropriados por terceiros, se não houvesse uma relação de exclusividade⁷⁻⁸.

Outra eficiência da exclusividade é a **economia de custos de transação**, seja de coordenação (*coordination costs*) ou de motivação (*motivation costs*). Os primeiros dizem respeito às despesas com o estabelecimento do negócio e de suas condições – em alguns mercados, estes podem se referir aos custos de obtenção de informações sobre as preferências dos adquirentes, custos com publicidade, propaganda, etc.⁹⁻¹⁰. Já os custos de

⁷ Imagine-se, por exemplo, que um distribuidor realize investimentos com treinamento de pessoal e para a oferta de um melhor nível de serviços a fim de construir a reputação de uma marca junto a um fornecedor específico. Nesse caso, se não houver exclusividade, outros distribuidores podem capturar parte dos ganhos e reduzir incentivos para o investimento. Esse entendimento foi também o da SEAE, em parecer emitido em um caso envolvendo companhias aéreas: “(...) as restrições verticais podem gerar efeitos positivos para o mercado. Em alguns casos, a concorrência entre o fornecedor e o distribuidor (ou produtor e comerciante), pode levar a um nível sub-ótimo de investimentos e vendas, principalmente em razão da possibilidade de existência de “*free riders*” podendo levar a um “parasitismo”. Nesse caso, o agente que desenvolve um esforço pode não obter todos os benefícios que seu esforço gera, podendo incentivá-lo a investir menos do que faria caso pudesse auferi-los integralmente. Um exemplo disso é quando o investimento promocional de uma marca pode atrair clientes também para as marcas concorrentes” (Parecer nº 06010/2008/DF da SEAE, de 29 de janeiro de 2008, na AP nº 08012.005307/2002-40, DOU: 12.12.2008).

⁸ No PA nº 08012.007423/2006-27, em que eram representadas a Unilever Brasil Ltda. e a Nestlé Brasil Ltda., havia a previsão de que, nos contratos de comodato de *freezers*, as Representadas cederiam os *freezers* ao ponto de venda (PDV) em comodato e, em troca, exigiriam que somente suas próprias marcas fossem acondicionadas nos equipamentos. A Superintendência-Geral do CADE entendeu que **“[s]endo os equipamentos de propriedade das Representadas, que arcam também com custos de manutenção e instalação, é razoável a exigência de contrapartida (exclusividade do uso de *freezers*), do contrário, haveria possibilidade de comportamentos oportunistas de concorrentes”** (grifo nosso). Assim, o órgão se manifestou pelo arquivamento do processo. (Nota Técnica em: 14.07.2017)

⁹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2014. p. 315.

¹⁰ Exemplo concreto disso se encontra no IA 08700.006846/2015-62 (Nota Técnica em 08/02/2017, pelo arquivamento), que averiguava a existência de indícios de infrações à ordem econômica no mercado do insumo escória granulada

motivação podem estar relacionados à realização de um investimento específico para atender às necessidades da outra parte ou ainda às despesas com transações frequentes que envolvem a necessidade de recorrentemente buscar, negociar e implementar os contratos com fornecedores, sobretudo quando envolvem atividades complexas.

A própria Resolução do CADE nº 20 de 9 de junho de 1999 corrobora o entendimento de que a licitude/ilicitude de uma cláusula de exclusividade só pode ser aferida mediante a **ponderação, no caso concreto, entre as eficiências e as restrições geradas** pelo acordo, na medida em que estabelece a utilização da “regra da razão” para averiguar as eficiências e os prejuízos gerados pela exclusividade¹¹. No entanto, os critérios a serem utilizados neste exame devem ser subsumidos sobretudo da jurisprudência dessa autoridade, que, junto tanto à doutrina quanto às experiências de outras jurisdições, confere maior detalhamento e rigor analítico à verificação de se dada cláusula de exclusividade deve ou não ser considerada anticompetitiva. Na seção seguinte, portanto, nos debruçamos sobre esses critérios, os quais são esmiuçados e sistematizados, com vistas a delinear uma possível abordagem analítica dessas cláusulas.

2. Metodologia de análise das cláusulas de exclusividade: etapas e critérios

Assim como no exame de outras condutas cuja licitude é definida caso a caso, com base nos efeitos por ela produzidos, a análise da licitude das

de alto forno, especialmente no que tange à limitação ou ao controle deste mercado, por meio de cláusula de exclusividade, em benefício de grupos cimenteiros. No caso, apurou-se que a lógica comercial do mercado de escória realmente prioriza contratos de longo prazo com certo grau de exclusividade: “Nota-se **haver racionalidade neste comportamento**. Uma vez que a escória é um resíduo produzido em grande volume pelas siderúrgicas e que não tem outro aproveitamento fora da indústria cimenteira, a garantia de venda beneficia tanto as siderúrgicas que, caso não consigam dar vazão ao seu estoque de escória, devem seguir uma série de normas ambientais e incorrer em custos para seu manuseio, estoque ou descarte, quanto **as cimenteiras, que têm o fornecimento do insumo garantido de um número limitado de fornecedores, incorrendo em menos custos de transação**” (grifo nosso).

¹¹CADE, Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>>. Acesso em 19 de set. de 2018.

cláusulas de exclusividade deve se iniciar pela (i) definição do mercado relevante e da existência de posição dominante do agente investigado¹². Apenas na hipótese de constatação de dominância é que se passará à fase seguinte de (ii) avaliação dos efeitos negativos sobre o mercado, em especial a extensão do fechamento de mercado. Este efeito pode ser mensurado pela apuração do índice de fechamento de mercado¹³, pela duração dos acordos¹⁴, dentre outros critérios. Por fim, se o nível de fechamento for considerado relevante, deve-se proceder à (iii) ponderação dos efeitos negativos (potenciais e efetivos) com as eficiências compensatórias (potenciais e efetivas) da prática sob investigação¹⁵. Se o efeito líquido considerado for

¹² No IA nº 08700.000800/2016-11, a SG observou o seguinte: “Caso se trate de empresa dominante, com produtos altamente desejados, seu poder de barganha perante os distribuidores é mais elevado, potencializando os efeitos e a abrangência da exclusividade. Por outro lado, fornecedores menores não são capazes de influenciar e fechar parte significativa do mercado distribuidor a seus concorrentes, minimizando os efeitos da prática. Portanto, o exame de legalidade de tais relações de exclusividade depende, sobremaneira, do poder de mercado do fornecedor” (Nota Técnica: 10.02.2017, grifos nossos). Dentre outros motivos, tendo as Representadas, voluntária e unilateralmente, desistido de manter a cláusula de exclusividade, a SG se manifestou pelo arquivamento do processo.

¹³ No PA nº 08012.007423/2006-27, a SG concordou com a alegação da representada de que não haveria possibilidade de fechamento do mercado relevante, diante da baixa representatividade dos contratos de fornecimento (que incluíam cláusula de exclusividade de *merchandising*, volumes mínimos, bonificação e preferência de renovação) em relação à quantidade total de pontos de venda (PDVs) que comercializavam produtos da representada e principalmente em relação à quantidade total de PDVs que comercializavam ou poderiam vir a comercializar os produtos atingidos pela exclusividade. Assim, de acordo com o órgão, que se manifestou pelo arquivamento do processo, não foi demonstrado que os PDVs alvo dos acordos de exclusividade eram essenciais para o estabelecimento de uma rede de distribuição viável para os demais rivais (Nota Técnica em: 14.07.2017, grifos nossos).

¹⁴ No PAº 08012.002917/2002-91 (julgamento em 05.08.2015), por exemplo, a Relatora Ana Frazão ponderou o seguinte: “Os contratos perduraram 12 anos (1995 a 2007). Contudo, embora a **duração dos negócios seja um elemento imprescindível para determinar o risco de restrição à concorrência**, em casos de contratos associativos, afigura-se razoável a manutenção da exclusividade enquanto perdurar o empreendimento comum” (grifo nosso).

¹⁵ Segundo Hovenkamp: “When shares are sufficiently high, Tampa’s rule of reason require courts to examine numerous other factors, including (1) the

positivo, a prática não deveria ser condenada¹⁶. Passamos, a seguir, à análise de cada um desses estágios e dos critérios empregados em cada um deles.

2.a. Etapa I: definição do mercado relevante e da existência de posição dominante

A definição de mercado relevante em casos envolvendo cláusulas de exclusividade é pressuposto para a mensuração das participações de mercado das empresas atuantes no segmento afetado, bem como para a subsequente averiguação de se a empresa beneficiada pela exclusividade detém posição dominante. Quanto a este último exame, deve-se considerar o disposto no Art. 36, §2º da Lei nº 12.529/11, o qual estipula as circunstâncias em que se presumirá que determinada empresa detém tal posição. *In verbis*:

Art. 36. (...)

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

A avaliação em questão se fundamenta no risco de que a empresa dominante acabe por utilizar sua maior penetração no mercado e alguma eventual vantagem competitiva em termos de marcas, custos, capacidade financeira, etc., para obrigar o cliente/distribuidor a adquirir exclusivamente seus produtos ou o fornecedor de determinado insumo a abastecê-la com exclusividade. Conforme exposto anteriormente, nesses casos, o acesso de

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 (...)" (HOVENKAMP, Herbert 1999, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Second Edition. West Group. p. 437).

¹⁶ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Coleção Direito Econômico. Fernando Haren Aguillar (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016., pp. 141-144.

empresas rivais a mercados ou bens necessários é restringido, comprometendo a capacidade desses agentes econômicos de concorrer, efetivamente, com a empresa líder.

Consequentemente, a liberdade contratual de uma empresa dominante para estabelecer cláusulas de exclusividade deixa de ser absoluta, já que **o risco de esta prática ser considerada ilícita do ponto de vista antitruste aumenta quanto maior for não só a participação de mercado da empresa, como também a abrangência dos acordos**. Afinal, quanto mais amplas forem as relações de exclusividade por ela estabelecidas, tanto mais difícil para seus competidores aumentarem sua participação de mercado e, portanto, maior o “fechamento de mercado”. É por isso que, verificada a posição dominante da empresa¹⁷, o segundo quesito se propõe a examinar justamente esse aspecto.

2.b. Etapa II: Análise de fechamento de mercado

A caracterização de fechamento do mercado requer uma análise multifatorial. Um primeiro aspecto a ser considerado diz respeito ao **índice de fechamento de mercado**, que se dá pela comparação entre volume de vendas ou/e número de agentes econômicos atingidos e o total vendas/agentes existente no mercado sob análise. No caso brasileiro, ainda não há uma jurisprudência consolidada sobre os níveis de fechamento necessários para que um acordo de exclusividade seja considerado anticompetitivo¹⁸⁻¹⁹. A

¹⁷ Caso a empresa não possua posição dominante, não há preocupações de cunho concorrencial e análise da licitude da prática de exclusividade, sobre referida ótica, deve ser encerrada. Nesse sentido, os seguintes processos são exemplos de casos arquivados pelo CADE, por não ter sido constatada a posição dominante da empresa investigada: AP nº 08012.004034/2002-16, DOU 09.07.2013; AP nº 08012.005969/2009-96, DOU: 27.11.2012; AP nº 08012.010986/2006-01, DOU: 04.03.2011; AP nº 08012.002820/2000-17, DOU: 02.05.2007; PA n. 08012.004520/1999-50, DOU: 21.11.2011.

¹⁸ A doutrina e a jurisprudência norte-americanas, por exemplo, consideram que um fechamento de mercado de 30% a 40% é geralmente necessário para despertar possíveis preocupações de ordem anticoncorrencial: “(...) *since Jafferson Parish, exclusive dealing is rarely condemned on market share foreclosures lower than 30% or 40%*” (HOVENKAMP, Op. Cit, p. 437).

¹⁹ GERADIN e PEREIRA NETO ilustram isso através do PA nº 53500.000502/2001. De acordo com os autores, nesse processo envolvendo a Celular CRT, em que se fez referência à literatura e jurisprudência internacional

experiência recente do CADE nos mercados de cerveja²⁰ e sorvetes²¹ indica que acordos de exclusividade não são problemáticos, nesses mercados, caso não superem (i) 8% do total dos restaurantes atendidos pela empresa no Brasil e nas diferentes regiões brasileiras; e (ii) 10% do volume total do mercado atendido pela empresa no Brasil e nas diferentes regiões. Porém, há que se ressaltar que mesmo a existência de exclusividade em contratos celebrados por um *player* dominante com várias empresas de um determinado mercado não caracteriza, por si só, fechamento de mercado. No julgamento do caso “Celular CRT”, em que o CADE analisou acordos de exclusividade entre a operadora de telecomunicações dominante no Estado do Rio Grande do Sul e varejistas, por exemplo, mesmo diante de altos graus de fechamento (superior a 60% em alguns mercados, de acordo com a Anatel), o processo foi arquivado sem condenação²². A existência de exclusividade com abrangência

sobre o tema, citando precedentes da União Europeia e dos Estados Unidos, o CADE preferiu não definir o nível de fechamento a partir do qual um acordo de exclusividade seria aceitável (Op. Cit., pp. 59-60).

²⁰ Despacho Presidência CADE N. 136/2015 no Requerimento 08700.004578/2015-44 (pp. 5-6.), referente ao Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26, que investigava suposto ilícito concorrencial decorrente de práticas de exclusividade de vendas e da política de refrigeração adotada pela Ambev.

²¹ Trata-se do já mencionado PA nº 08012.007423/2006-27, em que a SG se manifestou pelo arquivamento do processo (Nota Técnica em: 14.07.2017).

²² No caso, considerou-se que não havia provas suficientes para indicar que a empresa (a) tivesse a possibilidade de fechar o mercado pela fidelização de empresas varejistas; (b) pudesse obter ganhos de monopólio, impedindo que os consumidores tivessem acesso aos produtos das concorrentes através de outros canais de venda; e (c) tivesse imposto um custo aos concorrentes que tenha sido, mesmo que potencialmente, uma forte restrição aos seus rivais. *In verbis*: “**A fidelização de revendedores e/ou distribuidores, no entanto, só pode ser considerada ilícita se as concorrentes não têm uma alternativa razoável para distribuir e/ou revender seus produtos.** Ou seja, há que ser caracterizado que uma estratégia de fidelização impõe uma barreira efetiva e duradoura à entrada do concorrente, e não apenas uma dificuldade e/ou aumento transitório de custo que pode ser superado com outras estratégias de comercialização. (...) 16. No entanto, as evidências apresentadas nos autos não indicam que a estratégia de fechamento de mercado através da fidelização de alguns grandes varejistas fosse um meio efetivo, mesmo que em tese, para fechar o mercado. 17. **Há um número grande de canais de varejo alternativos que podiam, como foram mobilizados, para concorrer com a empresa líder.** Finalmente, se aos revendedores fidelizados não

significativa deve, portanto, ser sopesada não só com os outros aspectos que caracterizam o fechamento de mercado (analisados a seguir), como também com os efeitos positivos ligados à sua aplicação, como se verá mais adiante.

Além da abrangência da exclusividade, a caracterização de fechamento de mercado requer, igualmente, uma **análise dos prazos de tal restrição**. Quanto a isso, o Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, ao tratar do tempo de vigência de cláusula de não-concorrência, traz um bom parâmetro sobre a abordagem que a autoridade tem ao analisar o aspecto temporal de restrições verticais convencionadas contratualmente. De acordo com o guia, tal cláusula deve “se limitar ao prazo de cinco anos, podendo, entretanto, esse prazo ser reduzido ou estendido a depender do período de maturação do negócio envolvido”²³. Não obstante, trata-se somente de parâmetro, tendo o CADE já se pronunciado em várias ocasiões pela licitude de restrições com prazos superiores.

Especificamente em relação às cláusulas de exclusividade, em linha com seu entendimento sobre prazos de cláusulas de não-concorrência, o CADE já utilizou em diversos casos o período de 5 (cinco) anos como parâmetro para definir a duração *prima facie* admissível dessa restrição. Nesse sentido, por exemplo, em processo administrativo que tratava do emprego de cláusula de raio²⁴ pelo Shopping Iguatemi, o Conselheiro Luiz Carlos Delorme asseverou que “qualquer cláusula de raio (...) não deve ter duração superior a cinco anos, que é a mesma que a jurisprudência do CADE aceita como razoável para a cláusula de não-concorrência em caso de Atos de

fossem oferecidas condições de mercado adequadas, como preço, qualidade de serviço e ou amplitude de oferta de produtos, não seria possível impedir que os consumidores de celulares, que não compram tal produto de uso contínuo por impulso, viessem a comprar os produtos dos concorrentes” (PA nº 53500.000502/2001, DOU: 09.06.2008).

²³Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, p. 56. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 19 set. 2018.

²⁴ Cláusulas de raio são cláusulas de exclusividade territorial. Inseridas em alguns contratos de locação de espaços comerciais em shoppings centers, estas cláusulas impedem o locatário de exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação, em outros estabelecimentos situados a um raio de distância daquele imóvel.

Concentração”²⁵. Também a Superintendência-Geral do CADE, em outro processo que versava sobre o mesmo tema, concluiu que o período de cinco anos para a vigência da cláusula de raio figura como parâmetro plausível do período necessário para que o *shopping* recupere investimentos e estabeleça sua clientela, sem que haja maiores riscos a possíveis *shoppings* concorrentes e aos lojistas²⁶⁻²⁷. Por outro lado, a jurisprudência do CADE, também no que tange a acordos de exclusividade, sustenta a necessidade de se proceder a um exame caso a caso, tendo reconhecido diversas vezes a possibilidade de sua estipulação por prazos de longa duração²⁸. Assim, nos casos em que o prazo de dada cláusula de exclusividade, devido a sua extensa duração, indicar a existência de um fechamento de mercado, será ainda necessário averiguar a razoabilidade dessa duração, tendo em vista as razões que a justificam,

²⁵ Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme, no PA nº 08012.006636/1997-43 (julgado em 04/09/2007).

²⁶ Nota Técnica nº 144 da Superintendência-Geral do CADE no PA nº 08012.012740/2007-46 (julgado em 22/06/2016).

²⁷ Em linha com este entendimento, no PA n. 08700.004938/2014-27, em que foi celebrado TCC, o período de dez anos de vigência foi considerado demasiado extenso para o fim de garantir o retorno de investimento realizado pelo *shopping*, tendo a autoridade e o signatário acordado que a cláusula passaria a vigor por cinco anos, contados da assinatura do contrato de locação com o *shopping center* (despacho pela suspensão em virtude de assinatura de Termo de Compromisso de Cessação: 24/06/2016).

²⁸ Exemplo disso é o Ato de Concentração nº 08012.003001/2008-44, julgado em 18.06.2008. Nele, a autoridade tratou da constituição de *joint venture* (JV) pela The Coca-Cola Company e Illycaffè S.p.A. para o desenvolvimento, produção, marketing, distribuição e venda, em âmbito mundial de bebidas à base de café prontas para beber. Neste caso, a JV era acompanhada de cláusula de exclusividade de 5 (cinco) anos, renovável por 10 (dez) anos sucessivos, o que foi tido como razoável pela ProCADE, ainda que houvesse a sucessiva renovação do contrato de JV, uma vez que permitia que as partes pudessem concentrar esforços na atividade conjunta a ser iniciada. No mesmo sentido é a decisão emitida no PA nº 08012.002917/2002-91, em que se apurou suposta prática de infração à ordem econômica no mercado de normas técnicas digitais, em razão da celebração de contratos de exclusividade entre a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e a Target S/C Ltda. Neste caso, o CADE considerou que a exclusividade, a despeito de sua longa duração, era razoável por constituir uma contrapartida aos investimentos realizados pelas partes para o desenvolvimento de um novo produto.

conforme se abordará no tópico a seguir (“ponderação dos efeitos potenciais e efetivos”)²⁹.

Cabe destacar que a análise do aspecto temporal da exclusividade exige, igualmente, que se considere **eventuais cláusulas de renovação preferencial**, bem como as **multas contratuais impostas em caso de rescisão**. Isso porque, quanto mais duradouros os contratos que possuem preferência de renovação ou existindo elevadas multas em caso de rescisão, mais difícil será para empresas concorrentes capturarem o fornecedor ou cliente/distribuidor exclusivo da empresa dominante, mediante uma proposta mais vantajosa³⁰.

Além de outros elementos identificáveis de maneira mais pontual na jurisprudência do CADE – tais quais o **nível de enforcement** do acordo de exclusividade³¹ e a **variação do market share** dos agentes beneficiados pela

²⁹ Importa observar que, embora se busque, aqui, sistematizar os critérios de análise das cláusulas de exclusividade em etapas distintas, tal divisão baseia-se precipuamente em fins didáticos, de modo que haverá casos em que despontarão sobreposições de etapas na análise de certo critério ou, dito de outro modo, repetição de critérios em diferentes etapas de análise. É nesse sentido que, por exemplo, a abrangência e a duração de dada cláusula de exclusividade compõem tanto a análise de se há ou não fechamento de mercado, quanto, como se verá adiante neste artigo, a análise dos efeitos líquidos dessas cláusulas.

³⁰ Exemplo disso se encontra no Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31, de interesse da Globosat Programadora Ltda e Globo Comunicações e Participações Ltda (“TV Globo”), que versava sobre a exclusividade detida pela TV Globo na aquisição dos direitos de transmissão dos campeonatos futebolísticos profissionais transmitidos, tais como o Campeonato Brasileiro. Segundo a manifestação do CADE nesse caso, **a existência da exclusividade, aliada a cláusulas de preferência e “cobertura” na renovação dos contratos, acabaria por impedir que eventuais empresas entrassem nesse mercado**, visto que a TV Globo, em virtude da sua posição dominante, sempre poderia cobrir a proposta apresentada por um concorrente. Para a solução do caso, foi celebrado um TCC entre as Representadas e o CADE em que se previu diversas obrigações à TV Globo, tais como a exigência de que essa sublicenciasse os canais e não estabelecesse nos contratos cláusulas que pudessem ter efeito similar a uma exclusividade.

³¹ No PA nº 08012.000792/1999-16 (referente a exclusividade na prestação de serviço de fornecimento de mão de obra temporária), arquivado pelo CADE (DOU: 17.06.2011), a autoridade entendeu que a **inexistência de coerção ou influência no mercado** era elemento que **afastava a possibilidade de produção de efeitos anticompetitivos** no caso concreto (grifos nossos). No mesmo sentido,

exclusividade vis-à-vis o *market share* dos demais agentes do mercado³² –, a análise de fechamento de mercado exige que sejam levadas em conta as **características específicas do mercado** em que se insere a relação de exclusividade. Com efeito, diversas investigações do CADE sobre acordos de exclusividade são arquivadas por se verificar a presença de alta **rivalidade**³³, de baixas **barreiras à entrada**³⁴, de **canais de distribuição alternativos**³⁵ e de **concorrência intermarcas** no mercado *upstream*³⁶.

No escopo desse exame das características do mercado atingido pela exclusividade, deve-se considerar também se tal **mercado apresenta alto potencial de crescimento ou está atingindo a maturidade**. Quanto maior o

na AP nº 08012.010760/2007-82 (DOU: 17.09.2013), referente a exclusividade geográfica na venda de automóveis, o CADE decidiu pelo **arquivamento**, dentre outros, porque algumas montadoras não praticavam a exclusividade e as que o faziam **não tinham enforcement rígido da obrigação** entre seus distribuidores (grifos nossos).

³² Na AP nº 53500.007820/2004 (DOU: 201.10.2013), o CADE determinou que a prática de exclusividade não havia levado ao fechamento de mercado, uma vez que a **participação de mercado da empresa beneficiada pela cláusula tinha permanecido a mesma ou mesmo diminuído** desde o início da averiguação. Da mesma forma, na AP nº 08012.006450/2000-97 (DOU: 23.12.2013), a autarquia decidiu pelo arquivamento do processo, porque, **enquanto o market share da representante no mercado cresceu no período da suposta prática, a das representadas diminuiu.**

³³ No julgamento dos contratos de exclusividade com agências de viagem para utilização do Sistema Sabre, por meio da concessão de incentivos em dinheiro e outras vantagens para sua estruturação, o CADE determinou o **arquivamento do processo por ter constatado a existência de efetiva rivalidade no mercado de Sistemas GDS e a pulverização no mercado de agências de viagens** (PA nº 08012.000790/2002-76, DOU: 11.08.2005).

³⁴ No PA nº 08012.002038/2000-27, considerou-se, para fins de arquivamento, que a exclusividade na comercialização e distribuição de medicamentos decorria do registro na Anvisa, o que somado às **baixas barreiras à entrada impedia a constatação de qualquer efeito lesivo.** (DOU: 18.05.2010.)

³⁵ PA nº 53500.000502/2001, DOU: 23.06.2008.

³⁶ AP nº 08700.000558/2008-75, DOU: 15.07.2011, envolvendo acordo de distribuição exclusiva entre Ortosíntese e Emformate no mercado de autoclaves e mesas cirúrgicas, por meio do qual esta se estabeleceu como representante exclusiva daquela para fins de venda, conserto e manutenção. E AP nº 08012.003009/2006-49, DOU: 23.06.2010, referente a exclusividade na prestação de serviço de assistência técnica em banco de dados no Brasil.

potencial de crescimento do mercado, mais difícil que uma conduta seja caracterizada como capaz de ocasionar o fechamento do mercado. Isso porque, mesmo que as empresas incumbentes mantenham relação de exclusividade, existem amplas oportunidades para suas concorrentes buscarem outros agentes em processo de expansão. O oposto acontece em caso de mercados maduros, em que as oportunidades de crescimento são mais limitadas.

Finalmente, uma vez concluído o exame do nível de fechamento de mercado, caso se constatar que tal fechamento é relevante, passa-se à última etapa de análise, em que se realiza a ponderação entre os efeitos negativos (potenciais e efetivos) e as eficiências compensatórias (potenciais e efetivas) relacionadas à exclusividade.

2.c. Etapa III: Ponderação dos efeitos potenciais e efetivos

Nos moldes do exposto, apenas na hipótese de se verificar a existência de posição dominante do agente que se beneficia da exclusividade e de constatar fechamento de mercado decorrente da exclusividade, deve-se proceder à análise dos efeitos líquidos de tal restrição. Essa última etapa de análise inclui, particularmente, a averiguação de se as **restrições impostas têm relação com o núcleo central do escopo do negócio**, isto é, se são essenciais ou ao menos parte relevante para a geração dos efeitos positivos a que se propõe o acordo³⁷.

³⁷ Há diversos casos em que houve arquivamento do processo, pelo CADE, pelo fato de terem sido identificadas eficiências compensatórias da restrição. Exemplo disso é a AP nº 08012.004281/2005-65 (DOU: 11.02.2011), em que se averiguava a prática de exclusividade no transporte de veículos novos por meio de contrato que obrigava a transportadora Sada a repassar parte de seu faturamento para a Fiat, como pagamento do aluguel do pátio da montadora. Nesse caso, se verificou que **havia racionalidade econômica no repasse, uma vez que aumentava a eficiência**. Na AP nº 08012.005149/2004-90 (DOU: 13.08.2012), referente a exclusividade no fornecimento de serviços hospitalares, entendeu-se que a **exclusividade poderia ser justificada, dentre outras coisas, pela necessidade de controle de custos**. Na AP nº 08012.010760/2007-82 (DOU: 17.09.2013), relativa a exclusividade geográfica na venda de automóveis, o CADE decidiu pelo arquivamento, por considerar que as **restrições de competição intramarcas estabelecidas possibilitavam a incorporação de eficiências**. No PA nº 08012.002917/2002-91 (julgado em 05.08.2015) a Relatora ponderou o seguinte: “Embora, como visto, a parceria tenha levado à exclusão dos demais concorrentes do mercado, **a exclusividade constitui desdobramento lógico de contratos dessa natureza (...) Os negócios trouxeram relevantes eficiências para os**

Quanto à essa análise, convém fazer menção à jurisprudência norte-americana a respeito de cláusulas de não concorrência, a qual traça uma distinção entre restrições principais (*naked*) e restrições acessórias (*ancillary*). Estas últimas seriam aquelas que contribuem para melhorar a eficiência do acordo e que são necessárias para garantir ao contratante o completo aproveitamento dos frutos legítimos do contrato ou para protegê-lo do uso injusto destes frutos pela outra parte³⁸⁻³⁹. Diferentemente das restrições principais, que serão analisadas com um viés negativo (por vezes, consideradas ilícitas *per se*), as restrições acessórias deverão ser objeto de uma análise de efeitos mais elaborada.

As cortes norte-americanas foram, ao longo do tempo, propondo critérios mais bem definidos sobre as circunstâncias em que esse tipo de

consumidores, ao permitirem o lançamento de um produto novo no mercado” (grifo nosso).

³⁸ Um dos primeiros casos da jurisprudência norte-americana que trouxe a doutrina de restrições acessórias foi o *Addyston Pipe*, destacando-se as seguintes considerações: “(...) *when two men became partners in a business, although their union might reduce competition, this effect was only an incident in the main purpose of a union of their capital, enterprise, and energy to carry on a successful business, and one useful to the community. Restrictions in the articles of partnership upon the business activity of the members, with a view of securing their entire effort in the common enterprise, were, of course, only ancillary to the main end of the union, and were to be encouraged*”. Ainda: “[n]o conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the full enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers or unjust use of those fruits by the other party” (United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *aff's as modified*, 175 U.S.).

³⁹ Síntese desse entendimento também pode ser encontrada no acórdão do CADE no Ato de Concentração nº 109/96 (Procter & Gamble/Bombril), relatado pelo Conselheiro Renault de Freitas Castro: “*É nesse sentido que tem sido direcionada a jurisprudência norte-americana em matéria de acordos de não concorrência (ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments, 3d ed., 1992, p. 98/99). O entendimento é de que esses acordos não constituem violação ao Sherman Act, desde estabelecida de maneira proporcional à proteção que se deseja obter para os legítimos interesses do beneficiário da que sejam acessórias ao propósito principal de um negócio considerado legítimo, e que tenham sua amplitude restrita. Assim, a análise de um acordo ancilar de não concorrência é determinada sob a regra da razão*” (AC nº 109/96, DOU: 23.07.1997).

restrição é justificável. Assim, entende-se, por exemplo, que para serem protegidas pela chamada “doutrina das restrições acessórias”, as restrições devem limitar sua abrangência ao necessário para efetivar os fins pró-competitivos do negócio, o que se verifica pela ausência de meios substancialmente menos restritivos disponíveis para o alcance dos mesmos fins. Importante ressaltar que as cortes não exigem que seja a alternativa menos restritiva, mas apenas que seja **razoavelmente necessária para atingir os objetivos do acordo**⁴⁰.

O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, influenciado pela jurisprudência norte-americana, estabelece que, para ser válida, a cláusula de não-concorrência⁴¹ deve ser “colateral, pois deve ser subordinada ao negócio jurídico principal, e ancilar, porque deve ser capaz de gerar ganhos de eficiências compensatórios à restrição concorrencial imposta”⁴². Pressupõe, portanto, uma análise dos efeitos líquidos da restrição.

⁴⁰ ABA Antitrust Section, *Antitrust Law Developments*, 3d ed., 1992, p. 98/99, p. 480.

⁴¹ Cabe enfatizar que as cláusulas de não-concorrência e de exclusividade são institutos distintos. Ambos constituem restrições previstas contratualmente, mas, enquanto a previsão de não-concorrência limita a atuação de partes horizontalmente relacionadas, o estabelecimento de exclusividade restringe a atuação de agentes que têm entre si relação vertical. No entanto, verifica-se na jurisprudência do CADE certa confusão no emprego desses conceitos. Exemplo disso encontra-se no PA nº 08012.002096/2007-06, julgado em 06/05/2015. Ao analisar a exclusividade de vendas, a Relatora afirmou: “[d]e fato, **a estipulação de cláusula de não concorrência** na constituição de *joint ventures* tem sido amplamente admitida pelo SBDC, desde que guarde relação direta com o objeto do negócio. A matéria foi, inclusive, sumulada: ‘Súmula nº 4, de 09 de dezembro de 2009: É lícita a estipulação de cláusula de não concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e fique restrita aos mercados de atuação’. Com efeito, não seria razoável que um dos sócios concorresse com a *joint venture*, em detrimento do empreendimento comum. Assim, a previsão de **exclusividade** tem justificativa empresarial legítima e se restringe aos limites estritamente necessários para a preservação do modelo de negócio da CBBS.” (grifos nossos).

⁴² Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, p. 56. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 19 set. 2018.

Parte deste racional também se reflete na jurisprudência do CADE, que tem adotado essa estrutura analítica para a avaliação dessas restrições concorrenciais, examinando se elas guardam **relação direta com seu objeto e se se restringem aos mercados de atuação das partes contratantes**. Nos casos em que isso ocorre, o CADE reconhece que a obrigação de não-concorrência melhora a eficiência do acordo, podendo até mesmo ser intrínseca à formação do negócio.

Tal ponderação entre a restrição concorrencial e os fins a que ela se destina se aplica, igualmente, às cláusulas de exclusividade, conforme sustentado de maneira expressa no PA nº 08012.002096/2007-06, relacionado às atividades desempenhadas pela CBBS, *joint venture* formada pela Visa International Service Association (Visa), Banco Bradesco, Banco do Brasil e Banco Santander, e cujo objeto social era o desenvolvimento, a implantação e a comercialização de programas, sistemas e/ou convênios de meios de pagamento ou benefícios relativos a refeições e à alimentação, por meio da emissão, fornecimento e administração de vales, cartões e cupons, seja por meios eletrônicos seja por meio de *smart cards* e/ou por outros mecanismos.

No caso, discutia-se, dentre outras questões, suposto fechamento de mercado que decorreria da emissão de cartões da marca Visa Vale, com exclusividade pelos bancos parceiros da CBBS, e do fato de que os bancos acionistas, suas empresas subsidiárias, controladoras, controladas ou sob o mesmo controle seriam obrigadas a fazer com que 90% de seu volume de venda total de vales-benefício possuísse a marca de aceitação “Visa Vale” – o que foi considerado uma exclusividade de fato. Argumentava-se, quanto a essa última restrição, que a exclusividade de vendas, ao negar o acesso das demais empresas administradoras de benefícios aos bancos acionistas e a bancos parceiros da CBBS, dificultava a disputa pelos clientes no mercado. No entanto, o Tribunal entendeu que “a previsão de exclusividade [tinha] justificativa empresarial legítima e se restringia aos limites estritamente necessários para a preservação do modelo de negócio da CBBS”⁴³ (grifo nosso).

Outro exemplo da contraposição entre o objeto do contrato e a restrição decorrente da exclusividade como forma de apurar os efeitos líquidos dessa restrição, encontra-se no AC nº 08700.004872/2013-94, em que o CADE, ao analisar a duração da exclusividade em parceria destinada a atuar na distribuição de livros eletrônicos, tendo constatado o estágio incipiente

⁴³ PA nº 08012.002096/2007-06; julgado em 06/05/2015.

desse mercado, concluiu que: “ parece razoável que existam tais cláusulas [de exclusividade] de forma a garantir a viabilidade do modelo de negócios que se visa introduzir com a operação” (grifos nossos)⁴⁴.

Nota-se, portanto, que a ponderação entre a restrição concorrencial e os fins a que ela se destina é fundamental para determinar se a exclusividade, ainda que implique um fechamento de mercado, é ou não razoável, no caso concreto. Tal ponderação, por sua vez, exige que se examine a cláusula em suas diferentes dimensões. Nesse sentido, a jurisprudência do CADE sobre cláusula de raio, embora referente a um tipo de exclusividade específica, é útil para ilustrar como se dá, na prática, o exame de razoabilidade dessa restrição. Isso porque, as decisões da autoridade sobre o tema são claras ao apontar os aspectos da cláusula de raio que necessariamente devem ser contrapostos a seus objetivos para concluir se ela é ou não razoável: (i) sua duração; (ii) sua extensão territorial; e (iii) sobre quem e o que incide. Esses aspectos, que refletem de maneira bastante acurada a análise multifatorial de fechamento de mercado descrita acima, estão expressos no voto do Conselheiro Relator do PA nº 08012.002841/2001-13:

Como já foi assentado pela jurisprudência norte-americana, as cláusulas de raio (...) serão válidas na medida em que se encontrarem adstritas aos limites necessários para atingir seus fins. Primordialmente respeitando as fronteiras do tempo, espaço e objeto e que tenha justificativa econômica, não restringindo de modo não razoável a concorrência no mercado relevante. (...) Uma vez ultrapassada a barreira que justificou a aceitação momentânea da cláusula de raio, não resta razão a embasar a sua permanência *ad infinitum* nos contratos de locação em *shopping center*. Assevere-se que deve haver uma comprovação da relação entre o lapso de exclusividade imposto e o investimento realizado⁴⁵. (grifo nosso)

Resta claro, desse modo, que, em cada caso, estas **dimensões da cláusula** de raio devem ser **examinadas à luz de potenciais justificativas para sua utilização** (e.g., período de vigência da cláusula vis-à-vis o tempo

⁴⁴ Do mesmo modo, as cláusulas de raio, que podem ser caracterizadas como uma cláusula de exclusividade territorial, são consideradas restrições legítimas, na medida em que forem acessórias. Assim, no PA n. 8012.012740/2007-46, ao mesmo tempo em que esclarece onde reside o potencial anticompetitivo da cláusula de raio, o Tribunal Administrativo dá ênfase ao fato de que esta mesma cláusula não terá este efeito quando feita dentro de parâmetros razoáveis e quando tiver racionalidade econômica:

⁴⁵ PA nº 08012.002841/2001-13; julgado em 15/12/2004.

necessário para recuperar eventuais investimentos). Caso se verifique que **a restrição limita sua abrangência ao necessário para efetivar os fins pró-competitivos do negócio, ela será razoável e acessória ao contrato**. Esta estrutura analítica utilizada para o exame de cláusulas de raio – em que se contrapõe as características da cláusula e seus supostos fins legítimos, com vistas a determinar se ela é acessória ou principal ao contrato e, portanto, razoável ou não –, é igualmente aplicável às demais formas de exclusividade na análise de seus efeitos líquidos. Afinal, tal contraposição equivale justamente ao contraste entre efeitos negativos e eficiências compensatórias que se pretende nesse estágio de análise.

3. Conclusão

A análise da jurisprudência envolvendo cláusulas de exclusividade revela que, de fato, a autarquia se pauta pela necessidade de se proceder a um exame dos efeitos da exclusividade, para, dessa forma, apurar se ela é lícita ou não sob o prisma concorrencial. Assim, entende-se que relações exclusivas não podem ser consideradas ilícitas *per se*, mas devem ser avaliadas à luz da regra da razão, considerando o mercado relevante investigado e a posição da empresa neste mercado, os efeitos anticoncorrenciais que decorrem da prática examinada, em especial o fechamento de mercado e o aumento de custo de rivais, bem como as racionalidades e eficiências que justificam a conduta. Se a firma em favor da qual é estipulada a exclusividade não tiver posição dominante no mercado em análise (ou se, ainda que a tenha, as características do mercado não derem capacidade ou incentivo para o abuso dessa posição), ou se não houver efeitos negativos à concorrência suficientemente comprovados, ou se, ainda que havendo, existam eficiências que os compensem, a prática de exclusividade não poderá ser considerada uma infração concorrencial.

Com base nesse tipo de análise de efeitos, grande parte das investigações do CADE sobre acordos de exclusividade são arquivadas em razão de (i) não ter sido comprovada a exclusividade⁴⁶; (ii) não ter sido constatada a posição dominante da empresa investigada⁴⁷; (iii) terem sido

⁴⁶ AP nº 53500.006044/2004, DOU: 15.05.2013; AP nº 08012.006322/2001-24, DOU: 30.04.2010.

⁴⁷ AP nº 08012.004034/2002-16, DOU 09.07.2013; AP nº 08012.005969/2009-96, DOU: 27.11.2012; AP nº 08012.010986/2006-01, DOU: 04.03.2011; AP nº

consideradas características específicas dos mercados envolvidos que afastam a ilicitude da cláusula (por exemplo, a presença de alta rivalidade⁴⁸, de baixas barreiras à entrada⁴⁹, de canais de distribuição alternativos⁵⁰ e de concorrência intermarcas no mercado *upstream*⁵¹); (iv) terem sido verificadas eficiências

08012.002820/2000-17, DOU: 02.05.2007; PA n. 08012.004520/1999-50, DOU: 21.11.2011).

⁴⁸ No julgamento dos contratos de exclusividade com agências de viagem para utilização do Sistema Sabre, por meio da concessão de incentivos em dinheiro e outras vantagens para sua estruturação, o CADE determinou o arquivamento do processo por ter constatado a existência de efetiva rivalidade no mercado de Sistemas GDS e a pulverização no mercado de agências de viagens (PA nº 08012.000790/2002-76, DOU: 11.08.2005).

⁴⁹ PA nº 08012.002038/2000-27, DOU: 18.05.2010. No caso, foi considerado para o arquivamento que a exclusividade na comercialização e distribuição de medicamentos decorria do registro na ANVISA, o que somado às baixas barreiras à entrada impedia a constatação de qualquer efeito lesivo.

⁵⁰ PA nº 53500.000502/2001, DOU: 23.06.2008.

⁵¹ AP nº 08700.000558/2008-75, DOU: 15.07.2011 (acordo de distribuição exclusiva entre Ortosíntese e Emformate no mercado de autoclaves e mesas cirúrgicas, por meio do qual esta se estabeleceu como representante exclusiva daquela para fins de venda, conserto e manutenção); AP nº 08012.003009/2006-49, DOU: 23.06.2010 (exclusividade na prestação de serviço de assistência técnica em banco de dados no Brasil).

compensatórias da restrição⁵²; e (v) a lide ser entendida como mera disputa privada das partes⁵³.

Por outro lado, apesar da farta jurisprudência sobre a matéria e da orientação dada pela doutrina, pela experiência estrangeira e pela própria regulação concorrencial, verifica-se que não há uma metodologia de análise consolidada, que sistematize as etapas e os critérios de exame das cláusulas de exclusividade e sirva como parâmetro para a apreciação de casos futuros. Diante disso, o presente artigo buscou compilar e ordenar os critérios que despontam nessas diferentes fontes do direito – sobretudo nos precedentes do CADE –, propondo sua abordagem em etapas encadeadas e interdependentes, com vistas a promover a racionalização das análises referentes a cláusula em questão, bem como a conferir a estas análises maior homogeneidade. Pretende-se, desse modo, contribuir tanto para a eficiência na análise de cláusulas de exclusividade, quanto para a previsibilidade a segurança jurídica no que tange a essas práticas.

Bibliografia

ABA ANTITRUST SECTION. Antitrust Law Developments, 3d ed., 1992. p. 98/99.

⁵² AP nº 08012.004281/2005-65 (DOU: 11.02.2011), em que se averiguava a prática de exclusividade no transporte de veículos novos por meio de contrato que obrigava a transportadora SADA a repassar parte de seu faturamento para a FIAT, como pagamento do aluguel do pátio da montadora. Nesse caso, se verificou que havia racionalidade econômica em repasse, para aumento de eficiência. Na AP nº 08012.005149/2004-90 (DOU: 13.08.2012), referente a exclusividade no fornecimento de serviços hospitalares, entendeu-se que a exclusividade poderia ser justificada, dentre outras coisas, pela necessidade de controle de custos. Na AP nº 08012.010760/2007-82 (DOU: 17.09.2013), relativa a exclusividade geográfica na venda de automóveis, o CADE decidiu pelo arquivamento, por considerar que as restrições de competição intramarcas estabelecidas possibilitavam a incorporação de eficiências. No PA nº 08012.002917/2002-91 (julgado em 05.08.2015) a Relatora ponderou o seguinte: “Embora, como visto, a parceria tenha levado à exclusão dos demais concorrentes do mercado, a **exclusividade constitui desdobramento lógico** de contratos dessa natureza (...) Os **negócios trouxeram relevantes eficiências para os consumidores**, ao permitirem o lançamento de um produto novo no mercado” (grifo nosso).

⁵³ AP nº 08012.001626/2008-71, DOU: 25.05.2012; AP nº 08012.002417/2008-45, DOU: 15/07/2011; PA nº 08012.004258/2000-02, DOU: 18.10.2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Defesa da Concorrência no Brasil - 50 anos. Brasília. 2013. p. 104. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade-defesa-da-concorrencia-no-brasil-50-anos-1.pdf>>. Acesso em 19 set. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-do-Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em 19 set. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. 1999. P. 1-15. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>> Acesso em 19 de set. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 109/96

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.003001/2008-44

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.004872/2013-94

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.002820/2000-17

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.006450/2000-97

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.006322/2001-24

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.004034/2002-16.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.005307/2002-40

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 53500.007820/2004

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 53500.006044/2004

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.005149/2004-90

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.004281/2005-65

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.010986/2006-01

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.003009/2006-49

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.010760/2007-82

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.002417/2008-45

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.001626/2008-71

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08700.000558/2008-75

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.005969/2009-96

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo 08700.006846/2015-62

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.000800/2016-11

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000792/1999-16

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004520/1999-50

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004258/2000-02

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 53500.000502/2001

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000790/2002-76

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002917/2002-91

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002096/2007-06

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004938/2014-27

EUROPEAN COMMISSION. Final report on the E-commerce Sector Inquiry. 2017, p. 1-298. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf > Acessado em 17 de Set de 2018

_____. Guidelines on Vertical Restraints. 2010, p.1-66. Disponível em:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf > Acessado em 17 de Set de 2018

ESTADOS UNIDOS. *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *aff's as modified*, 175 U.S.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3^a edição, 2014. p. 315.

GERADIN; PEREIRA NETO, *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes. Uma análise do Direito Concorrencial no _____ e na União Europeia*. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 59-60

HOVENKAMP, Herbert 1999, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Second Edition. West Group. p. 437

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Coleção Direito Econômico. Fernando Haren Aguillar (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.