

CONTRIBUIÇÃO IBRAC AO GUIA DE CONDUTAS UNILATERAIS

Contribuíram para esse estudo: Ricardo Casanova Motta, Livia Dias de Melo, Lucia Helena, Beatriz Medeiros Navarro Santos, Thalita Novo, Anna Olimpia, Gabriel Takahashi, André Ferraz, Andrea Astorga, Paloma Caetano Silva Almeida, Paula Camara Baptista de Oliveira, Carolina Destailleur G. B Bueno, Lilian M. Cintra de Melo, Enrico Spini Romanielo, Vinicius da Silva Ribeiro, Daniel Douek, Gabriel de Carvalho Fernandes, Fernanda Dalla Valle Martino, Letícia Crivelin, Luciana Martorano, Beatriz Kenchian

I. Introdução ao Guia

O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “LDC”) estabelece que constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos (ainda que potencialmente): (i) *limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*, (ii) *dominar mercado relevante de bens ou serviços*, (iii) *aumentar arbitrariamente os lucros* e (iv) *exercer de forma abusiva posição dominante* (incisos I a IV). A LDC também contém rol exemplificativo de práticas unilaterais (artigo 36, § 3, incisos III a XIX) que podem configurar infrações à ordem econômica. Além dessas condutas, outras poderão ser consideradas anticompetitivas, desde que satisfeitos os critérios do artigo 36, *caput* e incisos.

Não há uma abordagem universal e abrangente para detectar a existência de condutas unilaterais restritivas à concorrência, sendo certo que cada prática exige um padrão de análise específico. No entanto, pode-se dizer que, nos termos do artigo 36, é necessário que haja poder de mercado ou posição dominante para a configuração de uma conduta ilícita dessa natureza.

O §1º do artigo 36 da LDC estabelece que a obtenção e a manutenção da posição dominante decorrente de um processo natural de crescimento e de eficiências do agente econômico é lícita e, portanto, não deve ser reprimida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”). É passível de investigação e punição pela autoridade antitruste, no entanto, o abuso da posição dominante que gere prejuízos à livre concorrência. Nesse sentido, o fim último de um processo administrativo que vise à apuração de uma prática anticompetitiva, seja ela qual for, é o de proteger e tutelar o bem jurídico da concorrência, e não o de proteger um ou vários concorrentes, individual ou coletivamente.

Para tanto, o Cade aplicará a melhor técnica para a análise do caso, devendo como regra (i) avaliar a existência de posição dominante do agente econômico, (ii) identificar a conduta, sua racionalidade econômica e os problemas concorrenciais dela decorrentes, (iii) analisar as justificativas econômicas e não-econômicas (técnicas, sanitárias, regulatórias e outras) para sua implementação, (iv) avaliar os efeitos anticompetitivos, e (v) analisar as eficiências ou ganhos decorrentes da prática investigada, para assim (vi) ponderar, pela regra da razão, os prejuízos e as eficiências coletadas ao longo da investigação para determinar a licitude ou ilicitude da conduta específica conforme os efeitos líquidos sejam positivos ou negativos. Caso a conduta seja reprovável pelos efeitos líquidos negativos que produz ao mercado, o Cade poderá então impor as medidas previstas em lei, incluindo multa e outros remédios apropriados, suficientes e adequados para a cessação da conduta e a penalização justa.

Com base nos dispositivos da LDC, nos precedentes do Cade e nas melhores práticas internacionais, o Guia de Análise de Condutas Unilaterais (“Guia”) tem por objetivo trazer maior previsibilidade e transparência à atuação da autoridade, orientando os seus membros quanto aos procedimentos a serem adotados e conferindo segurança jurídica aos administrados na compreensão dos critérios considerados para a caracterização de uma conduta como ilícita.

O presente Guia não é vinculativo e não possui caráter de norma. As práticas e procedimentos aqui descritos fornecem apenas orientação geral e diretrizes de análise, podendo ser alteradas a juízo de conveniência e oportunidade do Cade, a depender das circunstâncias de cada caso concreto, haja vista a diversidade de condutas que podem ser analisadas em casos de abuso de posição dominante. Em todo o caso, a análise será sempre pautada na LDC e nas melhores práticas nacionais e internacionais aplicáveis.

II. Avaliando a existência de posição dominante

1. Definição de Mercado Relevante

A definição de mercado relevante é etapa de análise na qual será delimitado o espectro de atuação de determinado agente econômico no

mercado, ou seja, o âmbito em que esse agente atua e trava relações de concorrência, sejam estas efetivas ou potenciais³³.

Em análise de condutas anticompetitivas, a definição do mercado relevante possui diversas utilidades, como o próprio entendimento da dinâmica e das relações de concorrência, informação que poderá ser muito útil para a melhor compreensão acerca da atuação dos agentes inseridos no mercado. De início, no entanto, a definição de mercado serve para auxiliar a autoridade na aferição de existência de posição dominante de um agente. A definição do mercado também será útil para delimitar a amplitude na qual se espera encontrar efeitos, positivos ou negativos, decorrentes da conduta.

Em determinados casos, por inferência da LDC, pode-se presumir que uma empresa ou grupo de empresas não detém posição dominante se possuir menos de 20% de participação de mercado.³⁴ Essa presunção, no entanto, é relativa e deve aceitar provas em contrário - isto é, a depender das características específicas do mercado relevante, um agente econômico pode ser considerado dominante com um *market share* inferior a 20%, e/ou não ser considerado dominante mesmo com um *market share* superior a 20%.

A grande dificuldade é definir com exatidão e segurança qual o recorte de mercado adequado. Por vezes, o recorte considerado em análises de atos de concentração não considera as especificidades da avaliação de uma conduta unilateral. Outras vezes, quando considerados mercados dinâmicos ou caracterizados por inovações, a definição de mercado relevante pode revelar-se extremamente desafiadora e marcada por alto grau de incerteza. Essas variáveis devem ser consideradas para uma definição adequada de mercado relevante.

³³ Como já definiu o Departamento de Estudos Econômicos do Cade (“DEE”): “(...) a questão chave explorada na definição do mercado relevante está na pressão competitiva de produtos ou de produtores substitutos, diferenciados por características físicas e espaciais. Na eventualidade de um comportamento anticompetitivo de uma empresa ao obter maior poder de mercado, as rivais mais próximas (aquelas que estão no mercado relevante) serão aquelas que constrangerão tal iniciativa.” Documento de Trabalho No. 001/10 - Delimitação de Mercado Relevante, do DEE - Grupo de Trabalho de Métodos em Economia (GTME - GT nº 3). Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf Acesso em 10.03.2020.

³⁴ Neste sentido, § 2º, do artigo 36, da Lei 12.529/11: “§ 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.”

Por princípio, o mercado relevante deve ser definido sob dois aspectos complementares e indispensáveis: a dimensão produto e a dimensão geográfica³⁵. A dimensão produto, ou material, diz respeito às relações de concorrência travadas em relação a um bem ou serviço oferecido por um agente econômico. Analisa-se a substitutibilidade ou intercambialidade de um produto em relação a outros produtos - e, para tanto, há várias ferramentas disponíveis, como por exemplo, o teste do monopolista hipotético³⁶ - que será detalhado adiante -, em que se analisa em que medida um consumidor estaria disposto a substituir um produto por outro em face de um aumento não transitório de preços.

A avaliação do grau de substituição dos produtos é realizada pelo lado da demanda e da oferta. Sob a ótica da demanda, a dimensão do mercado relevante do produto compreende produtos e serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido a suas características, preços e utilização.

Essa análise pode passar por elementos, tais como: (i) perfis dos clientes (renda, idade, sexo, educação, profissão, localização, mobilidade ou outras características observáveis); (ii) dimensionamento do mercado desses clientes (quantidade ou faturamento); (iii) natureza e características dos produtos e/ou serviços; (iv) importância dos preços dos produtos e/ou serviços; (v) importância da qualidade dos produtos e/ou serviços; (vi) importância da marca, do crédito, de prazos de pagamento, de forma e momentos de consumo; (vii) evidências de alteração do padrão de compra dos consumidores no passado, em resposta a aumento de preços ou termos de

³⁵ CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. 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/view. Acesso em 10.03.2020.

³⁶ *“The hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products (“hypothetical monopolist”) likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price (“SSNIP”) on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger.”* Horizontal Merger Guidelines, do U.S. Department of Justice (“DOJ”) e Federal Trade Commission (“FTC”), publicado em 19.08.2010. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

comercialização; (viii) informações de pesquisas realizadas com consumidores, concorrentes, entre outros; (ix) documentos internos das empresas, em relação a como elas compreendem o grau de substituição dos produtos quando apresentam o mercado a acionistas ou ao público em geral; e (x) evidências de discriminação de preços entre consumidores, entre localidades e entre marcas.

Sob a ótica da oferta, a substitutibilidade pode ser entendida como a capacidade e possibilidade de, em vista de uma elevação no preço de venda, outras empresas ofertarem o mesmo produto ou serviço no mercado em que atua o agente em questão. Para tanto, a oferta deve ocorrer em período inferior a um ano e sem a necessidade de incorrer em custos irrecuperáveis (“*sunk costs*”).

Já a dimensão geográfica do mercado relevante é compreendida como o espaço físico onde o agente econômico atua em situação de concorrência. Sob outra perspectiva, trata-se da área efetiva de concorrência na qual consumidores têm à disposição fontes alternativas de oferta de determinado produto ou serviço.

Exemplificativamente, os seguintes fatores podem ser utilizados na definição do mercado relevante geográfico: (i) local no qual as representadas, as concorrentes e/ou os consumidores estão localizados; (ii) local onde ocorrem as vendas; (iii) os hábitos de compra dos consumidores – se são os consumidores que se deslocam para adquirir produtos ou se são os vendedores que se deslocam para vender os seus produtos, ou ambos; (iii.a) distância que os consumidores geralmente se deslocam para adquirir o produto; (iii.b) distância que os fornecedores geralmente se deslocam para vender seu produto; (iv) diferenças nas estruturas de oferta e/ou preços entre áreas geográficas vizinhas, inclusive a possibilidade de importações; (v) custo, em relação ao preço da mercadoria, de distribuição/transporte; (vi) tempo e outras dificuldades de transporte da mercadoria (em termos de segurança do transporte, da viabilidade do transporte, das questões referentes a aspectos regulatórios e tributários); (vii) custos envolvidos na troca de fornecedores localizados em outro mercado geográfico; (viii) necessidade da proximidade dos fornecedores em relação aos consumidores; (ix) participação das importações na oferta doméstica; e (x) evidências sobre migração de consumidores entre áreas geográficas distintas em resposta a aumento de preços ou alterações de termos de comercialização.

Muitas vezes, a avaliação da substitutibilidade entre os produtos ou entre os mercados geográficos pode ser feita apenas de maneira qualitativa. Em alguns casos, no entanto, pode-se considerar evidências empíricas

quantitativas para auxiliar na delimitação do mercado relevante. Diferenças entre preços e correlações são ferramentas úteis nesse sentido: se os produtos são substitutos, é esperado que seus preços sigam comportamentos semelhantes.

Como citado, há várias ferramentas analíticas e testes para se definir o mercado relevante. Uma das mais utilizadas é o teste do monopolista hipotético: considerando um conjunto de produtos ou de mercados geográficos em que, se uma firma fosse monopolista, as pressões competitivas de outros produtos e de outros mercados geográficos seriam insuficientes para restringir o aumento de preços por parte do monopolista. Desta forma, o teste avalia se um monopolista hipotético teria incentivo para implementar um *‘pequeno não-transitório, mas significativo aumento de preço’* (SSNIP, na sigla em inglês). Outras ferramentas para análises quantitativas também podem ser aplicadas para definição do mercado.³⁷

A definição de mercado relevante é importante para a análise e avaliação da existência de poder de mercado e de posição dominante. No entanto, a depender do tipo de mercado, a sua delimitação pode não ser conclusiva, o que não deve, a princípio, impedir a condução do restante da análise das práticas investigadas.

Em alguns casos, em virtude dessas dificuldades, sugere-se uma inversão nas etapas de análise para qualificação e exame da conduta previamente à definição de mercado relevante, que pode inclusive ser avaliado em cenários. Isso porque, a definição exata da conduta poderá ajudar na melhor compreensão do mercado-alvo sob análise, bem como, em alguns casos, diante da ausência de elementos que indiquem a necessidade de prosseguimento da investigação por inexistência de uma conduta ou ausência de efeitos anticompetitivos em nenhum cenário razoável, o caso poderá ser encerrado sem a necessidade de uma definição estrita do mercado relevante.

Em qualquer hipótese, no entanto, nos casos em que o exame do mérito da conduta indicar a existência de elementos suficientes para prosseguimento da análise e houver indícios de efeitos anticompetitivos (mesmo em um mercado mais amplo), é imprescindível a definição estrita do mercado relevante, não apenas para fins da correta aferição da existência de poder de mercado e posição dominante, como também para que seja viável o exame dos efeitos potenciais e/ou concretos da conduta.

³⁷ Davis, P. and Garces, E. Quantitative techniques for competition and antitrust analysis. United Kingdom: Princeton University Press, 2010.

2. *Aferição de Poder de Mercado*

A aferição de poder de mercado é o processo de identificação da capacidade de uma determinada empresa elevar preços a um nível acima do referencial competitivo, ou seja, acima do custo marginal³⁸. Há outras maneiras pelas quais uma empresa pode exercer seu poder de mercado, como, por exemplo, reduzindo a qualidade do seu serviço ou diminuindo o esforço inovativo. Por sua vez, posição dominante requer que a empresa detenha substancial poder de mercado e que seja duradouro, a ponto de não ser disciplinada pela dinâmica competitiva imposta por rivais³⁹. Por esta razão, a análise de barreiras à entrada e rivalidade são essenciais para a verificação de posição dominante.

Determinar se uma firma possui poder de mercado é o primeiro passo e pode servir como filtro na investigação do exercício de uma conduta unilateral anticompetitiva, uma vez que a empresa só terá condições de exercer uma conduta anticompetitiva unilateral se tiver poder de mercado⁴⁰.

Conforme tratado no item 1, no entanto, há situações em que a definição de mercado relevante não é trivial ou não pode ser precisamente estabelecida; além disso, o dimensionamento do mercado pode não ser precisamente calculado, podendo haver mais de um cenário possível, como em casos de mercados dinâmicos. Nesses casos, é recomendável a inversão nas etapas de análise para qualificação e exame da conduta previamente à aferição de posição dominante.

Em todo o caso, a identificação de poder de mercado é a condição necessária para presunção de capacidade de exercício de poder de mercado, mas não é condição suficiente para conclusão de que a prática em análise é anticompetitiva.

i. Participação de mercado e outras proxys

A participação de mercado e outros indicadores de concentração, como o *Índice Herfindahl-Hirschman* (HHI) e índice C4 (participação de mercado das quatro principais firmas de um mercado), são as métricas mais utilizadas como *proxy* de concentração de mercado. Há casos em que o poder de mercado pode não advir necessariamente de uma elevada participação, mas

³⁸ MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. New York: Cambridge, 2004.

³⁹ ICN. *Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment of Dominance*, 2011, p.3.

⁴⁰ ICN. *Unilateral Conduct Workbook Chapter 1: The Objectives and Principles of Unilateral Conduct Laws*, 2012.

de características específicas do setor, o que implica que uma participação de mercado reduzida não deve, por si só, indicar ausência de poder de mercado ou posição dominante, sendo necessário analisar barreiras à entrada, rivalidade e outras características próprias, a depender do mercado.

Após analisada as características gerais de mercado (condições de acesso e de expansão e rivalidade), a participação de mercado pode servir como um primeiro passo para indicar a necessidade de continuidade ou não de uma investigação. De forma geral, e por força legal, em mercados tradicionais, a participação de mercado igual ou superior a 20% pode atuar como um filtro inicial para presunção da dominância de uma empresa ou grupo de empresas⁴¹. Outras evidências e características, no entanto, poderão ser analisadas para elevação ou redução desse patamar de presunção de poder de mercado unilateral⁴². Para completude da análise, é importante considerar as participações de mercado a montante e a jusante para verificar poder de venda e poder de compra, respectivamente⁴³.

Em termos de mensuração, volumes de produção e de venda, calculados com base na unidade monetária ou física, são os dados mais utilizados para estimar a participação de mercado. Para produtos heterogêneos, unidade monetária é preferível, uma vez que a unidade física não fornece uma boa capacidade de comparação entre as produções ou vendas das empresas. Outras métricas, como capacidade de produção ou estoque, também podem ser consideradas para cômputo da participação de mercado em casos específicos.

Usualmente, participações de mercado são calculadas anualmente para verificar a existência de flutuações ao longo do tempo, possibilitando a compreensão da dinâmica do mercado. Para certos mercados, porém, é preferível calcular a participação de mercado considerando um intervalo de tempo. Isso é usual para algumas indústrias de infraestrutura, em que o volume demandado não é frequente ou a maturidade dos contratos excede um ano.

Em análises de conduta unilateral, os índices de concentração são indicadores de caráter mais acessórios para a análise, uma vez que o interesse central é na avaliação de poder de mercado de uma única firma. Servem para

⁴¹ Consulta nº 08700.004594/2018-80 (Consultante Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.). Voto do ex-Conselheiro do Cade Paulo Burnier.

⁴² CADE. Resolução nº 02/2012, artigo 8º, inciso IV.

⁴³ CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em 10.03.2020.

indicar o grau de concentração dos mercados em investigação a fim de inferir as condições de as empresas exercerem poder de mercado. Entende-se que, em geral, em mercados menos concentrados, empresas com participações de mercado elevadas teriam maiores condições de exercerem poder de mercado, atingindo efetivamente uma condição de posição dominante.

Como parâmetro, tem-se que mercados que apresentam índice HHI abaixo de 1.500 pontos são considerados não concentrados; entre 1.500 e 2.500 pontos, moderadamente concentrados; e acima de 2.500 pontos indicam elevada concentração⁴⁴.

ii *Condições de entrada*

As barreiras à entrada dificultam o ingresso de novos concorrentes e, portanto, permitem a manutenção dos preços em patamares mais elevados. Sob estas condições, aumenta-se a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte de agentes com elevados *market shares*.

A avaliação de barreiras à entrada permitirá conferir se há ambiente favorável para o exercício de práticas anticompetitivas. Quanto maiores forem estas barreiras, mais efetivo tenderá a ser o exercício de tais condutas. Por exemplo, para práticas anticompetitivas envolvendo estratégias de preço predatório, a presença de barreiras à entrada é elemento necessário para que uma empresa possa obter ganhos futuros após excluir seus rivais efetivos⁴⁵.

Barreiras à entrada podem ser classificadas em três categorias: estruturais, estratégicas e regulatórias⁴⁶. As barreiras estruturais representam as características do mercado, como economias de escala e de escopo, efeito de rede, escassez de insumos, *sunk cost*, e grau de fidelidade à marca. Barreiras estratégicas são criadas por empresas incumbentes, como investimento em excesso de capacidade de produção, elevado grau de integração vertical e limitação de acesso a distribuidores e fornecedores. Por sua vez, as barreiras regulatórias são estabelecidas por atos normativos e envolvem fatores como direitos de propriedade intelectual e regulações administrativas.

A existência de barreiras estratégicas não infere ou implica, necessariamente, a existência de uma conduta anticompetitiva. Firms podem tomar decisões estratégicas que são fundamentadas em um racional

⁴⁴ CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. 2016.

⁴⁵ CADE. Cartilha do CADE, p.15-16. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

⁴⁶ As barreiras à entrada também podem ser classificadas em naturais e artificiais.

econômico. O excesso de capacidade, por exemplo, pode ser resultante de uma expectativa frustrada de aumento da demanda.

iii. Rivalidade

A análise de rivalidade complementa as análises de concentração de mercado e de barreiras à entrada, a fim de verificar a capacidade de uma empresa exercer poder de mercado (e, assim, sua capacidade de tornar efetivo o exercício de condutas unilaterais). Uma empresa com elevado *market share* pode sofrer rivalidade de seus concorrentes e qualquer tentativa de exercer uma prática anticompetitiva poderá ser inócua.

A capacidade de reação dos concorrentes é elemento importante para os consumidores encontrarem alternativas efetivas em relação à empresa que estaria adotando a conduta em análise. Avalia-se, pois, se os rivais possuem capacidade de expandir produção (usando capacidade instalada ociosa ou expandindo, e tendo acesso a insumos a preços de mercado); aptidão de manter sua capacidade inovadora, lançando novos produtos ou desenvolvendo novos modelos de negócios; capacidade de acessar consumidores finais (diretamente ou via distribuidores); entre outros.

O nível de rivalidade de um mercado pode ainda ser avaliado com base na margem de lucro; evolução de *market share*, utilização de preços promocionais; investimentos em *marketing* e publicidade; entrada de novos *players*, entre outros elementos.

III. Identificação da conduta

O artigo 36, §3º da LDC estabelece uma lista de práticas que podem configurar condutas anticompetitivas. Como o próprio dispositivo legal prevê, trata-se de um rol exemplificativo, sendo que outras condutas também podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que configurem a hipótese prevista no *caput* do artigo 36 e seus incisos.

A experiência concorrencial brasileira demonstra que o rol trazido pelo artigo 36, §3º, contempla uma série ampla o suficiente de condutas para lidar com uma gama bastante abrangente de casos concretos investigados pelo Cade. Mesmo assim, diante da possibilidade de existirem outras condutas não previamente tipificadas, a própria LDC permite ao Cade a atuação em casos não especificamente definidos por lei, mas que também causem (ou possam causar) prejuízos à concorrência.

A correta tipificação da conduta é importante para fins de definição da metodologia da análise, bem como para exame da teoria do dano aplicável ao caso. Em regra, a investigação de condutas não previamente bem delimitadas pode levar a erros de falso-positivo ou falso-negativo quando a teoria do dano não for devidamente estabelecida, levando a uma eventual proibição de condutas pró-competitivas ou à complacência em relação a uma conduta anticompetitiva (erros tipo 1 e 2). A correta delimitação da conduta não só permitirá à autoridade a definição da teoria a ser percorrida, como também permitirá ao administrado a correta interpretação e exercício da ampla defesa.

1. *Venda Casada (Tying e Bundling)*⁴⁷

A venda casada é uma conduta tipificada pelo artigo 36, §3º, inciso XVIII, da LDC, que pode, em determinadas circunstâncias, configurar conduta anticompetitiva quando praticada por agente econômico com posição dominante em pelo menos um dos mercados. Há venda casada quando o ofertante de determinado bem ou serviço⁴⁸ (produto ou serviço principal, subordinante ou ainda *tying product*) impõe para a sua venda ou oferta a condição de que o comprador também adquira outro bem ou serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou *tied product*). O *bundling*, por sua vez, caracteriza-se pela venda conjunta de dois ou mais produtos, não havendo, em regra, um instrumento de coação que condicione a venda de um ao outro. Em ambos os casos, a venda final dos produtos ocorre conjuntamente.

A venda casada pode se dar em diversas bases ou modos, podendo ser imposta por limitações técnicas, contratuais e/ou econômicas. Nas duas primeiras hipóteses, também conhecidas como “*pure tying or bundling*”, os produtos, ou por questões de incompatibilidade técnica, ou por imposição contratual/comercial, só podem ser adquiridos de forma conjunta, não havendo a possibilidade de aquisição separada. A terceira hipótese, imposição econômica, também chamada de “*mixed tying or bundling*”, ocorre quando os produtos podem ser adquiridos isoladamente, no entanto, a soma do preço de aquisição de cada um deles de forma isolada é significativamente mais alta que a compra dos produtos conjuntamente.

⁴⁷ CADE. Resolução nº 20/1999, Anexo I, seção “B”, item 5. ICN, *Report on Tying and Bundled Discounting*, 2009, Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_SR_TyingBundDisc.pdf. Acesso em 10.03.2020.

⁴⁸ Doravante bem ou serviço serão, conjunta ou isoladamente, denominados produto.

A venda casada e as ofertas em *bundle* podem garantir ao consumidor e/ou adquirentes melhores preços e condições. Nesse sentido, tais práticas podem ser pró-competitivas ou mesmo concorrencialmente neutras – hipóteses em que o Cade não deve reprimi-las. As eficiências usualmente associadas a vendas casadas e *bundling* incluem a geração de economias de escopo, redução dos custos de transação, manutenção da qualidade do produto e até mesmo redução do preço.

Há circunstâncias, contudo, em que tais práticas podem ter efeitos prejudiciais à concorrência. Os principais efeitos anticompetitivos associados à venda casada e *bundling* estão relacionados à "alavancagem" de poder de mercado de um produto (o produto subordinante, em que o vendedor tem poder de mercado) para outro (o produto subordinado, em que o vendedor não tem poder de mercado). Nessas circunstâncias, o vendedor poderá aumentar as barreiras à entrada no mercado subordinado, prejudicar a atuação de concorrentes e, ao mesmo tempo, elevar abusivamente seus lucros – em detrimento da livre concorrência e, em última análise, do consumidor.

A venda casada e o *bundling* podem causar efeitos anticompetitivos nos mercados subordinante ou subordinado (ou em ambos, ao mesmo tempo). Em regra, devem ser observados efeitos no mercado subordinado, mesmo nos casos em que a conduta é implementada para proteger posição dominante no mercado subordinante. Esses efeitos são geralmente ocasionados em decorrência da redução do grau de concorrência pelo produto subordinado, dado a diminuição da demanda pelo produto subordinado separadamente. A prática de venda casada também pode constituir uma forma de burlar os limites de taxa de retorno e preço em indústrias reguladas, na medida em que a empresa seja capaz de incrementar o preço total pela inclusão obrigatória de um novo produto ou serviço ao "pacote".

Ao analisar este tipo de prática, o Cade avaliará o seu racional e seus possíveis impactos (positivos e negativos) na concorrência, com destaque para os seguintes fatores⁴⁹.

⁴⁹ Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31 (Microsoft Informática Ltda.), julgado em 19.05.2004; Averiguação Preliminar 08700.005025/2007-07 (Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda.), julgada em 23.6.2010; Averiguação Preliminar nº 08012.002019/2006-67 (CBF e Outro), julgada em 17.03.2015; Processo Administrativo nº 08012.002096/2007-06 (CBSS, BB, Bradesco, ABN Amro e Nossa Caixa), julgado em 06.05.2015; Processo Administrativo nº 08012.002917/2002-91 (Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e Target Engenharia e Consultoria – Ltda), julgado em 29.07.2015; Processo Administrativo 08700.008464/2014-92 (Tecon Rio Grande S.A.), julgado em

i. Posição Dominante

O Cade, em regra, atuará naqueles casos em que o agente detiver posição dominante em relação ao produto subordinante (ou a pelo menos um dos produtos no caso do *bundling*), podendo ou não deter também posição dominante em relação ao produto subordinado. Nesse sentido, participações inferiores a 20% em ambos os mercados não indicam poder de mercado suficiente para despertar maiores preocupações concorrenciais, salvo em casos específicos nos quais fique demonstrado que o agente efetivamente possui posição dominante independentemente da baixa participação de mercado.⁵⁰

Quanto maior a participação do agente no mercado do produto subordinante, maiores serão as potenciais preocupações concorrenciais, uma vez que aumenta a chance deste agente deter posição dominante. Em casos de pacotes com múltiplos produtos, as preocupações concorrenciais também serão maiores quanto maior for o número de produtos no pacote em que o agente detenha poder de mercado (especialmente se o pacote não puder ser facilmente replicado por rivais, individualmente ou em conjunto).

ii. Produtos Distintos para Existência da Conduta

Uma vez constatada a existência de posição dominante, é preciso delimitar quando se está efetivamente diante de uma venda casada ou do simples oferecimento de um produto composto por dois ou mais componentes. Em regra, todos os produtos, com exceção daqueles naturalmente mais simples, podem ser separados em dois ou mais componentes, que são oferecidos conjuntamente na venda final. Exemplo: um carro novo é composto por diversos componentes, inclusive os pneus. O fato de haver fabricantes e vendedores de pneus que oferecem esse produto separadamente, não torna a venda de um carro novo uma venda casada.

A determinação sobre se dois produtos poderão ser considerados como um produto único ou se serão tratados como produtos distintos

08.08.2018; e Processo Administrativo 08012.001518/2006-37 (Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais), julgado em 08.08.2018.

⁵⁰ O patamar está em linha com a prática em jurisdições estrangeiras relevantes, como a Comissão Europeia (vide *Guidelines on Vertical Restraints*, 2010). Além disso, o patamar também parece consistente com o entendimento do Cade, que estabelece que atos de integração vertical entre agentes que não detenham *market shares* superiores a 30% podem ser analisados pelo rito sumário, gerando presunção de ausência de efeitos anticompetitivos (cf. artigo 8º, IV da Resolução nº 02/2012 do Cade).

dependerá, em geral, da dinâmica competitiva e da demanda dos adquirentes; isto é, eles serão considerados como produtos distintos se, na ausência da vinculação (venda casada) e apesar de um número substancial de adquirentes pelo produto composto, ainda assim houver própria para cada um dos produtos (subordinante e subordinado)⁵¹.

Dois tipos de evidência são importantes para a determinação sobre a existência ou não de dois produtos separados. A primeira diz respeito à comprovação de que os adquirentes efetivamente compram o produto subordinante separado do produto, quando têm a oportunidade de fazê-lo. A segunda questão é se outros vendedores do produto subordinante, que não possuem poder de mercado no produto subordinante, também o oferecem separadamente. Ao analisar a demanda e a oferta, deve-se considerar se estas sofreram alterações decorrentes da prática investigada.

iii. Evidências da Conduta

Para que se possa falar em venda casada ou *bundling*, é preciso que o vendedor implemente elementos de coerção para que seus clientes adquiram os produtos de forma conjunta. Os elementos de coerção nem sempre são explícitos e podem ocorrer de inúmeras formas, incluindo (i) políticas que apenas permitam que consumidores comprem os produtos subordinante e subordinado de forma conjunta, (ii) integração física ou técnica dos produtos e (iii) preços e condições comerciais que tornem impraticável ou irresistível a aquisição de um produto em separado.

Em caso de produtos duráveis associados a serviços/bens não duráveis, é também possível a utilização de (i) políticas que obriguem o cliente a comprar toda (ou quase toda) a parcela de suplementos do vendedor; (ii) padrões técnicos que só sejam compatíveis com modelos de suplementos pertencentes ao próprio vendedor, e (iii) políticas de punições para clientes que utilizarem produtos rivais. Deve-se considerar, ainda, se o uso dos bens não duráveis acessórios é antecipado pelo consumidor no momento da compra do bem durável como parte do uso normal e, portanto, ponderado em sua decisão de compra (como ocorre com os consumíveis ou serviços de manutenção regular), ou se seu uso é apenas eventual e não integra o uso esperado (como ocorre com peças rompidas ou serviços de reparo não esperados).

⁵¹ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 39 (1984) e Guia da Comissão Europeia.

A análise avaliará se estes aspectos de *design* de produto e/ou estratégias comerciais configuram práticas de *tying* e/ou *bundling* – se o agente está criando barreiras à entrada de forma economicamente injustificável.

iv. *Outros aspectos de análise da conduta*

Ao analisar a prática, outros aspectos também serão examinados como (i) se a prática também é adotada por outros agentes (quando há justificativas legítimas para a venda casada e *bundling*, é esperado que a estratégia também seja utilizada por rivais); (ii) a duração da prática (estratégias duradouras apresentam maiores riscos concorrenciais do que as limitadas no tempo - que podem, por sua vez, representarem meras políticas promocionais); e (iii) se outros agentes têm condições de exercer a mesma prática.

2. *Condutas Predatórias Baseadas em Preço (Preço Predatório)*

Condutas predatórias podem ser caracterizadas como abuso de posição dominante nos termos do artigo 36, *caput* - exemplos dados no §3º sob o mesmo artigo são os incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes) e XV (vender mercadoria abaixo do preço de custo) da LDC. Condutas predatórias geralmente envolvem práticas comerciais que levam no curto prazo ao aumento de bem-estar do consumidor (por exemplo, através da prática de preços inferiores ao custo de produção), e no, longo prazo, à diminuição da concorrência e bem-estar do consumidor – por exemplo, com a exclusão de concorrentes do mercado em razão da incapacidade de competirem contra preços abaixo da linha de custo, e consequente aumento dos preços.

As condutas predatórias baseadas em preço (“preço predatório”) são exercidas quando uma empresa reduz seus preços de maneira agressiva com a finalidade de excluir rivais do mercado e, posteriormente, ter condições de praticar preços mais elevados, aumentando seu lucro. Esta prática será consumada se o lucro mais elevado compensar as perdas resultantes da prática de preço predatório.

A LDC caracteriza a predação por preço como infração à ordem econômica ao prever a hipótese de “*vender mercadoria ou prestar serviços*

*injustificadamente abaixo do preço de custo*⁵². Precisamente, em consonância com a teoria econômica, para a configuração de preço predatório, é necessário, primeiramente, que as vendas sejam realizadas abaixo do custo marginal⁵³.

No entanto, como a estimativa e cálculo do custo marginal podem ser tarefas bastante complexas, a melhor doutrina e experiência (nacional e internacional) sugerem que o custo variável médio pode ser utilizado como um indicador de custo marginal. Se uma firma vende um produto abaixo de seu custo variável médio, a operação não terá retorno e as perdas poderiam ser reduzidas caso a produção encerrasse. O custo marginal poderá ser igual, menor ou maior ao custo variável médio, dependendo do ponto na curva de custo variável médio em que a produção se encontra. Neste sentido, o uso do custo variável médio pode implicar uma decisão igual, mais proibitiva ou mais permissiva quando comparado ao uso do custo marginal.

Portanto, a análise deverá considerar as condições efetivas de custos e condições de preços praticados pelo agente predador no mercado. Os custos considerados pela firma para definição de preço podem ser referentes a custos futuros esperados, e não necessariamente ao histórico de custo da firma. Além disso, deve-se avaliar (i) o tempo de duração da prática, já que ela deve ser implementada por tempo suficiente e capaz de causar a saída de rivais do mercado ou, em casos específicos, ser capaz de reduzir significativamente a capacidade de competição dos demais concorrentes; e (ii) a capacidade de o agente investigado recuperar as perdas econômicas decorrentes de uma política de preço predatória em momento posterior à saída de rivais do mercado.

i. Posição dominante

Quanto maior a participação de mercado do agente predador, maior será a possibilidade de que ele efetivamente consiga implementar com sucesso uma prática de preço predatório – a qual exige uma capacidade bastante significativa de financiamento no médio prazo para que seja possível a exclusão de rivais do mercado. Por essa razão, apenas agentes com elevado poder de mercado (não necessariamente traduzido em *market share*) ou elevada capacidade de financiamento em contraposição aos seus rivais

⁵² Lei nº 12.529/2011, artigo 36, §3º, inciso XV.

⁵³ “*In our analysis of predatory pricing we have concluded that marginal-cost pricing is the economically sound division between acceptable, competitive behavior and "below-cost" predation.*” Areeda and Turner, 1975.

deverão levantar preocupações que efetivamente indiquem a possibilidade de se estar diante de uma efetiva conduta de preço predatório.

ii. Aferições de condições de entrada e concorrência potencial

As características de mercado devem ser avaliadas com o intuito de determinar se existem barreiras à entrada relevantes no mercado afetado que impediriam a entrada tempestiva, provável e suficiente de um novo concorrente. Caso não existam barreiras relevantes, pode-se considerar que a prática de preço predatório não terá efeitos negativos no mercado, uma vez que a elevação de preços para a compensação de perdas decorrentes de vendas abaixo de custo seria contestada por rivais entrantes. Comprovado esse cenário e tendo em vista a estrutura de oferta, em especial, refutado o risco de poder coordenado, pode-se descartar a hipótese da ocorrência de infração à ordem econômica e é desnecessário prosseguir nas etapas seguintes de análise.

Via de regra, as condições de entrada e concorrência potencial devem ser analisadas não apenas em vista de dinâmicas em que um agente deseja a monopolização do mercado, mas também em vista de contextos em que a conduta pode ser exercida como forma de manutenção do *status quo* do mercado ao tornar a entrada de novos competidores pouco atrativa, por meio da criação de ameaças críveis. Assim, a instrução dos casos pode também considerar, quando pertinente, dados históricos de precificação, entradas e saídas de agentes econômicos no mercado, níveis de importações e exportações, a construção de reputação de firmas incumbentes e existência de assimetrias informacionais relevantes.

iii. Aferição das condições de oferta

Esta etapa de análise visa apurar se o suposto agente predador é capaz de absorver a demanda incremental que terá com a prática de preços abaixo do preço de custo. Na comprovação de que a firma investigada não é capaz de absorver a demanda gerada para seus bens ou serviços, pode-se descartar a hipótese de ocorrência de infração anticompetitiva e torna-se desnecessário prosseguir nas etapas seguintes de análise, salvo se houver outras variáveis que justifiquem.

Geralmente, são avaliadas como *proxies* das condições de expansão de oferta do suposto agente predador sua capacidade ociosa e o potencial de expandir sua capacidade de produção instalada no período durante ou logo após a conduta. Vale lembrar que, nos casos de expansão de capacidade,

também se avalia a capacidade de expansão dos concorrentes que poderiam absorver a demanda.

iv. Aferição da capacidade de financiamento da prática

Esta etapa tem por objeto aferir se o suposto agente predador é capaz de financiar a venda de bens ou serviços a preço predatório por um período de tempo suficiente para a saída de seus rivais do mercado. Este financiamento pode ter origem do próprio agente investigado, por meio de capital acumulado ou receitas auferidas de outros segmentos de atuação, ou, ainda, mediante terceiros interessados na monopolização e/ou oligopolização do mercado. Se é demonstrado que o suposto agente predador não tem acesso a financiamento suficiente para arcar com os custos iniciais da conduta, pode-se descartar a hipótese de preço predatório, sendo desnecessária a análise da próxima etapa, salvo se houver outras variáveis que justifiquem.

v. Cotejamento de preços e custos

Superadas todas as etapas acima, a análise passa para o cotejamento de preços e custos de produção do suposto agente predador, para se identificar se há, injustificadamente, venda de bens ou serviços a preços abaixo de custo. Nesse sentido, e como já esclarecido acima, a variável ideal para essa análise é o custo marginal⁵⁴, devendo a autoridade estimá-lo sempre que possível para utilizar como parâmetro de comparação com os preços.

No entanto, caso não seja possível, e conforme estabelecido pela Portaria nº 70/2002 da Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”), deve-se levar em conta para a análise o custo variável médio⁵⁵ e o custo médio total⁵⁶:

- Quando o preço for igual ou superior ao custo médio total de produção, não há prática de predação.
- Quando o preço estiver entre o custo médio total e o custo variável médio, há possibilidade de predação, havendo

⁵⁴ ICN. Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, 2012, p. 21.

⁵⁵ Entende-se por custos variáveis os custos do trabalho, materiais, energia, gastos promocionais, depreciação da planta relacionada ao uso e outros custos que variem com a produção.

⁵⁶ Entende-se por custo médio total a soma do custo variável médio e do custo fixo médio. Por custos fixos, entende-se aqueles relacionados aos investimentos em capital físico e maquinaria, bem como os demais ativos fixos que não variam com a produção.

necessidade de ponderação de justificativas econômicas e de eficiências.

- Quando o preço for inferior ao custo variável médio, configura-se predação.

Por fim, não se pode ignorar que, em determinados mercados, o custo de reprodução de determinados produtos é tendente a zero, de modo que as *proxies* referidas acima podem perder sua relevância analítica⁵⁷. Há que se avaliar, portanto, a racionalidade econômica de toda a estrutura de preços na oferta do produto ou serviço, que só deve ser considerada predatória quando for economicamente irracional, exceto pela possibilidade de recuperar as perdas posteriormente, por meio do exercício do poder econômico. Em mercados de dois lados com fortes externalidades de rede, por exemplo, é comum a prática de preço zero para se incentivar a formação de uma massa crítica de usuários em uma das pontas do mercado. Em tais cenários, a gratuidade não pode ser necessariamente tomada como indício de predação, dado que a viabilização do negócio é dependente desse tipo de modelagem -- apenas se deveria falar em predação se a estrutura de preços como um todo, considerados os dois lados do mercado, não for sustentável salvo pelo exercício do poder econômico após a exclusão de todos os rivais do mercado.

3. *Condutas Discriminatórias*

As condutas discriminatórias estão previstas no artigo 36, §3º, inciso X, da LDC, segundo o qual, haverá discriminação quando o agente estabelece preços ou condições comerciais diferenciadas entre adquirentes e fornecedores de produtos ou serviços, que estão em condições semelhantes ou equiparáveis. Isto é, não deve ser perseguida, nem mesmo considerada ilícita, a conduta que dispensa tratamento diferenciado para agentes que se encontram em situações distintas, no limite e proporção da condição diferenciada em que

⁵⁷ Por exemplo, o Voto do Conselheiro Thompson de Andrade no Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31 em referência ao mercado de *softwares* (Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda., Representada: Microsoft Informática Ltda.; p. 5): “*Os custos de reprodução do programa (cópia), após o desenvolvimento do software, são desprezíveis. Quando se trata de softwares desenvolvidos em outros mercados geográficos e adaptados para o mercado nacional, como é o caso do Money, os custos envolvidos nas atividades de concepção, desenvolvimento do software já foram cobertos na comercialização do produto em outros mercados. Nestas circunstâncias torna-se praticamente impossível a avaliação real das condições efetivas de custo. Por outro lado, o comportamento dos preços ao longo do tempo, como visto acima, não sinaliza para a necessidade de análise detalhada de custos, já que não revela indícios de que tenha ocorrido queda de preços aos consumidores ou vendas abaixo do custo.*”

esses agentes se encontram. De outra forma, a aplicação de tratamento isonômico para situações distintas também pode ser alvo de investigação se não contar com alguma justificativa econômica legítima, a fim de se detectar a existência de efeitos negativos e prejuízos competitivos advindos da conduta.

A concessão de tratamento diferenciado pode ocorrer de diferentes formas, podendo ser imposta por meio do estabelecimento de preços diferenciados, condições de venda, prazo de entrega, descontos, bonificações e/ou outras diversas modalidades. É aceitável que condições comerciais – preços, descontos, prazos para pagamento, aceitação de devolução de estoque, entre outras – sejam atingidas por meio da livre negociação, conforme atributos particulares do cliente, da transação e de sua capacidade de negociação. Diferenciações baseadas em volume de venda, capacidade de financiamento e condições de aquisição também são geralmente aceitáveis como razoáveis e pró-competitivas.⁵⁸

Geralmente, o objetivo de qualquer modalidade de prática discriminatória está atrelado à captura do excedente do consumidor/adquirente. As eficiências geradas por esse tipo de conduta estão associadas ao aumento da oferta, aumento do número de transações, inclusão e crescimento do número de consumidores que possam encontrar preços pelos quais estão dispostos a pagar, aumento da concorrência, redução de preço para grupos de consumidores menos elásticos, criação de incentivos dinâmicos no mercado, como inovação, investimentos e redução de custos.

Os efeitos negativos, por sua vez, estão atrelados, em regra, à possibilidade de exclusão de competidores no mercado do agente econômico ou a montante (quando praticada contra o fornecedor) ou a jusante (quando praticada contra o adquirente). Para que esses efeitos possam ser produzidos no mercado, é imprescindível que o agente econômico detenha efetivamente posição dominante, isto é, que detenha poder de mercado em nível muito superior ao patamar legal presumido (20% de *market share*). Em regra,

⁵⁸ Discriminação de preços é definida em três graus diferentes: “*A discriminação de preços de primeiro grau significa que o monopolista vende diferentes unidades de produto por diferentes preços e que os preços podem diferir de pessoa para pessoa. (...) A discriminação de preço de segundo grau significa que o monopolista vende diferentes unidades de produto por diferentes preços, mas cada pessoa que compre a mesma quantidade de bens paga o mesmo preço. Assim, os preços diferem no que tange às unidades do bem, mas não no que diz respeito às pessoas. (...) Já a discriminação de preços de terceiro grau ocorre quando o monopolista vende a produção para pessoas diferentes por diferentes preços, mas cada unidade vendida a determinada pessoa é vendida pelo mesmo preço.*” VARIAN, Hal R. Microeconomia: Princípios básicos. Elsevier 2003 pg. 471.

condutas discriminatórias tendem a levantar preocupações mais significativas nos casos em que são impostas por agentes verticalmente integrados em favor da unidade pertencente ao mesmo grupo e em desfavor dos concorrentes não verticalizados, ocasião em que fica mais evidente o objetivo anticompetitivo da conduta e sua racionalidade.

Nestas condições, a discriminação de preços e/ou de outras condições comerciais pode fechar o mercado, ao aumentar abusivamente os lucros do agente dominante e ao elevar custos de rivais⁵⁹, podendo ser tipificada como infração à ordem econômica, configurando também as condutas descritas nos incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes), V (impedir o acesso de concorrente a fontes de insumo ou a canais de distribuição), do artigo 36, §3º, da LDC.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, duas modalidades de discriminação podem ser identificadas: a direta e a indireta.

No cenário de discriminação direta ou discriminação de preços, o agente verticalizado que detém posição dominante a montante pode excluir um rival no mercado a jusante, estabelecendo uma margem estreita entre o preço que oferece por um insumo essencial (preço de atacado) e seu próprio preço de varejo no mercado a jusante. Há, portanto, uma precificação desigual praticada pelo agente verticalizado, para varejo (clientes) e atacado (concorrentes), que pode comprimir as margens do rival a jusante, excluindo-o da concorrência.

Por sua vez, a discriminação indireta – também denominada de subsídio cruzado⁶⁰ – ocorre quando o agente verticalizado adota práticas indiscriminadas para todos a jusante na cadeia, mas compensa, indiretamente, estes custos por meio de descontos oferecidos em outro(s) mercado(s) verticalmente integrados, tornando seu “pacote de serviços” mais vantajoso do que seu concorrente.

Uma prática discriminatória pode ser, portanto, capaz de fechar o mercado a determinados concorrentes, ao elevar o custo de rivais e aumentar arbitrariamente seus lucros. Além disso, a discriminação de preços pode, intencionalmente ou não, ser utilizada como instrumento ou como consequência decorrente de outras possíveis condutas exclusionárias, tais como: recusa de contratar, descontos condicionados, venda casada, preços

⁵⁹ CADE. Resolução nº 20/1999, Anexo I, seção “B”, item 6.

⁶⁰ Por exemplo, o Processo Administrativo nº 08700.005418/2017-84 e o Ato de Concentração nº 08700.006345/2018-29.

promocionais e *price squeeze* ou *margin squeeze*.⁶¹ Uma vez constatada a materialidade das práticas discriminatórias, é preciso aferir se a racionalidade da conduta e suas possíveis eficiências são capazes de compensar eventuais efeitos anticompetitivos.

i. Posição Dominante

A persecução de uma conduta discriminatória deve ocorrer nos casos em que a autoridade identificar a existência de posição dominante pelo agente econômico. Por sua natureza de conduta unilateral, a detecção de posição dominante deve ultrapassar a mera constatação de poder de mercado, sendo aquela presumida legalmente quando o agente detém 20% ou mais de participação de mercado -- sendo essa presunção *juris tantum*, ela fica sujeita, naturalmente, às particularidades de cada mercado e deve ser confirmada à luz das circunstâncias concretas. Participações inferiores a 20% em ambos os mercados não indicam poder de mercado suficiente para despertar maiores preocupações do Cade.

A possibilidade de produção de efeitos lesivos independe da existência de poder de mercado nos mercados verticalmente relacionados (a montante ou a jusante), dado que a existência de posição dominante no mercado principal (em que a conduta é praticada) pode ser suficiente para conceder uma posição privilegiada ou prejudicar o acesso de concorrentes nesses mercados.

Casos de discriminação também podem ser observados nas hipóteses em que envolvam uma estrutura / insumo essencial (*essential facility*), quando não se esteja diante de um caso puro e simples de negativa de contratar. Isso porque, um agente econômico conseguirá impor preços discriminatórios ou abusivos e, com isso, aumentar os custos de seus rivais e/ou restringir o seu acesso, nos casos em que esses rivais se encontrem em posição de dependência ao acesso de uma *essential facility* detida pelo agente econômico.⁶²

Em linhas gerais, uma *essential facility* existe diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, em que a oferta de

⁶¹ OCDE, Directorate for Financial and Enterprise Affairs – Competition Committee. Price Discrimination, 2016, p. 5. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf)>. Acesso em 10.03.2020.

⁶² Por exemplo, o Processo Administrativo nº 08700.005418/2017-84, Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84, Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, Recurso Voluntário nº 08700.005723/2018-57 e Ato de Concentração nº 08700.006345/2018-29.

determinados produtos ou serviços depende do acesso ou do fornecimento do insumo indispensável⁶³. O tema é controverso e costuma ser endereçado em condutas de recusa de contratação, haja vista as limitações para se enquadrar o caso concreto aos requisitos desta teoria, quais sejam: (i) o agente possuir posição dominante, (ii) o agente controlar de modo injustificado uma estrutura que seu rival não conseguirá replicar, (iii) a possibilidade de o detentor da estrutura monopolizar o mercado a jusante, e (iv) a ausência de justificativa objetiva para a discriminação ou a recusa de contratar.

ii. *Avaliação dos possíveis efeitos anticompetitivos*

Confirmada a existência de posição dominante, é necessário analisar se a conduta produz ou é capaz de produzir efeitos anticompetitivos no mercado, como a criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrentes, por meio de elevação artificial de seus custos, bem como verificar quais são os incentivos econômicos que o agente possui para excluir rivais.

Os efeitos anticompetitivos de uma prática discriminatória podem ser diversos e percebidos por diferentes agentes econômicos, não necessariamente localizados no mesmo elo da cadeia produtiva em que se encontra o autor da prática. Nesse sentido, é possível analisar, nesses casos, eventuais danos sofridos por consumidores do produto.

Por fim, os incentivos para exclusão de rivais podem se fazer presentes, quando o agente dominante no mercado a montante: (i) não for capaz de extrair níveis elevados de renda do rival ou de um novo entrante no mercado a jusante ou (ii) desejar manter ou alavancar o seu poder de mercado, no futuro, para o mercado a jusante, enfraquecendo os concorrentes, ainda que sacrifique lucros correntes⁶⁴.

4. *Price Squeeze*

A prática de *price squeeze*, também geralmente conhecida como *margin squeeze*⁶⁵ ou margem estrangida, pode configurar abuso de posição

⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e concorrência (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 40.

⁶⁴ FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo and CALCAGNO, Claudio, Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance, New York: Cambridge University Press, 2018, p. 554.

⁶⁵ O *margin squeeze* foi definido da seguinte forma pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”): *A margin squeeze is said to arise when the margin*

dominante nos termos do artigo 36, §3º, incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes) e V (impedir o acesso de concorrente a fontes de insumo ou a canais de distribuição), da LDC. Essa conduta ocorre quando uma margem extremamente baixa é estabelecida entre o preço de venda de um insumo essencial para rivais e o preço que esse incumbente verticalmente integrado cobra no mercado a jusante, de forma a inviabilizar o negócio dos demais concorrentes ou impedir que eles concorram de forma efetiva.

São condições precedentes para a existência de uma conduta de *margin squeeze*: (i) a existência de um incumbente que comercialize um produto, insumo ou detenha o acesso a uma estrutura essencial, ou para os quais não existam bons substitutos econômicos, (ii) que o agente econômico detentor do insumo essencial também atue e concorra diretamente no mercado a jusante.

Nesse contexto, para que a conduta seja efetivamente configurada, a margem estabelecida pelo incumbente entre o preço do insumo e o preço do produto final no mercado a jusante ou *downstream* deve ser baixa o suficiente a ponto de inviabilizar o negócio dos concorrentes igualmente eficientes no mercado *downstream*, ou impedir que eles consigam efetivamente concorrer nesse mercado. Esse constrangimento da margem pode ocorrer tanto pela elevação do preço de venda do insumo essencial no mercado a montante ou *upstream*, como pela redução do preço no mercado a jusante.

Em regra, existem diversas justificativas possíveis para a existência de uma margem constrangida que podem ser atribuíveis, por exemplo, a economias de escala, escopo e vantagens geralmente associadas às eficiências decorrentes de uma integração vertical. Outras razões econômicas, tais como a proteção de investimento e ativos intangíveis, também podem justificar a existência de *price squeeze*, dado que essas condições levariam o agente a estabelecer o preço do insumo visando a cobrir todos os seus custos e posicionamento de seus produtos.

between the price at which the integrated firm sells the downstream product and the price at which it sells the essential input to rivals is too small to allow downstream rivals to survive or effectively compete, to the detriment of downstream consumers. The primary antitrust concern is that a firm engaging in a margin squeeze may limit, restrict or prevent the development of competition in the downstream market. Depending on the circumstances, this may raise the price or reduce the quality or variety of products available to downstream customers.” OECD Policy Roundtables, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

O efeito negativo diretamente associado a essa prática é a elevação dos custos de rivais e a consequente exclusão de concorrentes igualmente eficientes ou a inviabilização de que esses rivais concorram eficazmente no mercado. A infração está justamente em impedir que concorrentes igualmente eficientes no mercado alvo consigam competir efetivamente ou se manter no mercado de forma eficiente, dado que o constrangimento da margem fará com que os rivais do incumbente não consigam comercializar seus produtos ou serviços de forma lucrativa e sustentável no mercado a jusante.

Nesse sentido, a conduta de *price squeeze* tem como possíveis efeitos anticompetitivos: (i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços e/ou (iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

Dado que a conduta de *price squeeze* é concretizada por meio do constrangimento da margem, e não necessariamente da efetiva prática de uma conduta predatória, ou mesmo de uma eventual discriminação - que ocorreria se o preço de venda do insumo para seus rivais fosse comercializado em condições e/ou preços diferentes daqueles aplicados ao próprio agente verticalizado -, a sua análise deve ser realizada de forma independente de outras práticas. Trata-se, portanto, de uma conduta autônoma, que não pressupõe o exercício de qualquer outra prática acessória para que reste configurada sua ilicitude. Como tanto, os requisitos para sua configuração não se confundem com os aplicáveis para as demais práticas. Não é preciso, por exemplo, que se prove a capacidade de recuperação de receitas após um período de predação.

Em setores sujeitos à regulação, deve-se levar em consideração se o agente econômico investigado tem autonomia para definir os preços supostamente relacionados à conduta.⁶⁶ Caso a precificação esteja de acordo com a norma regulatória correspondente, a atuação do Cade deverá ser ocorrer em conformidade com a norma regulatória, sendo recomendável a

⁶⁶ Em determinadas circunstâncias, a liberdade de precificação do agente econômico pode ser substancialmente limitada pela regulação, afastando a possibilidade de infração concorrencial. Nesse sentido, ver Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18 e Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91.

interlocução entre as autoridades, para que não haja conflito de competências⁶⁷.

i. Posição Dominante

A persecução de uma conduta de *price squeeze* deve ocorrer nos casos em que a autoridade identificar a existência de posição dominante pelo agente econômico. Por sua natureza de conduta unilateral, a detecção de posição dominante deve ultrapassar a mera constatação de poder de mercado. O Cade deverá atuar caso o agente detenha posição dominante no mercado a montante (ou de origem), embora as condições de concorrência no mercado a jusante também sejam importantes para a análise de mérito.

Em regra, como a conduta exige que o agente detenha o controle de um insumo essencial (ou que não exista bons substitutos), presume-se que a participação de mercado será (ou deverá ser) elevada quando efetivamente se estiver diante de uma estrutura que permita ao agente o constrangimento da margem e a elevação dos custos dos rivais. Por conseguinte, participações inferiores a 20% não indicam, em regra, maiores preocupações concorrenciais.⁶⁸

ii. Evidências da conduta

Após a comprovação da existência de posição dominante, é preciso analisar outros fatores para verificar a ocorrência de *price squeeze*. O *standard* probatório leva em consideração uma rigorosa comparação entre preços e custos históricos praticados pelo agente econômico supostamente infrator e outros competidores nos mercados *upstream* e *downstream*.

⁶⁷ “Inicialmente, cumpre esclarecer que o CADE não é Agência Reguladora do preço deste mercado, não podendo assim substituir um comando positivo e autorizativo de precificação dado por uma Agência Reguladora legalmente instituída. Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa. Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp.

⁶⁸ O patamar está em linha com a prática em jurisdições estrangeiras relevantes, como a Comissão Europeia (ver o *Guidelines on Vertical Restraints*, 2010). Além disso, o patamar é consistente com o entendimento que estabelece que atos de integração vertical entre agentes que não detenham *market shares* superiores a 30% podem ser analisados pelo rito sumário, gerando presunção de ausência de efeitos anticompetitivos (cf. artigo 8º, IV da Resolução nº 02/2012 do Cade).

Em linha com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), há três requisitos cumulativos para que um agente econômico seja capaz de implementar uma conduta de *margin squeeze*⁶⁹: (a) ausência de bons substitutos para o insumo produzido/detido pela empresa no *upstream*; (b) comercialização deste insumo pela empresa no *upstream* para empresas que atuam no mercado *downstream*; e (c) concorrência direta desta empresa no *upstream* também no *downstream* contra as empresas adquirentes dos referidos insumos.

iii. Determinação de “margem ilegal”

Um dos pontos centrais da análise em casos envolvendo *margin squeeze* é a determinação do que deve ser considerado como uma margem ilegal, ou anticompetitiva. Conforme a jurisprudência internacional e a teoria econômica, é seguro admitir que a existência de uma margem negativa (ou seja, o preço praticado pelo incumbente no mercado *downstream* é inferior ao preço que o incumbente vende para seus rivais no mercado *upstream*) é capaz de produzir efeitos anticompetitivos. Não é necessário, no entanto, apurar uma margem negativa.

Em geral, deve-se adotar como parâmetro razoável a existência de uma margem mínima o suficiente que viabilize a concorrência por um competidor igualmente eficiente - aplicando-se, nesses casos, o teste do competidor igualmente eficiente (*equally-efficient competitor test*). Como princípio geral, a base para análise do constrangimento da margem deve levar em consideração a situação do próprio incumbente (*i.e.*, custos e preços

⁶⁹ In verbis: “63. *‘Margin squeeze (estrangulamento da margem) ocorre quando há uma margem tão estreita entre o preço de um provedor- integrado de insumo essencial para um rival e seus preços no downstream que o rival não pode sobreviver ou competir efetivamente. Um estrangulamento da margem pode apenas surgir quando:*

(a) uma empresa no upstream produz um insumo para o qual não há bons substitutos econômicos;

(b) a empresa no upstream vende o insumo para uma ou mais empresas no downstream” [não-integradas]

(c) a empresa no upstream também compete diretamente no mercado downstream contra aquelas empresas” [não-integradas] (...) Para haver estrangulamento de margem, os três elementos devem estar presentes.” (Nota Técnica nº 2/2017/DEE/CADE, Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa. Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Despacho de arquivamento pela SG publicado no DOU em 21.7.2017.)

praticados pelo próprio agente econômico), e não a situação de outro concorrente, efetivo ou mesmo potencial.

Por fim, testes de imputação⁷⁰ que tomam por base a receita e o preço unitário também podem se mostrar úteis na averiguação da existência (ou não) de *price squeeze*. Entretanto, a depender do setor analisado, tais testes podem ser extremamente difíceis, esbarrando em graves dificuldades para mensuração. Como exemplo, é difícil realizar a análise do aumento de preço, já que, ainda que se entenda que o preço deva ser superior ao custo marginal verdadeiro⁷¹, este fator não é suficiente por si só. Afinal, não há impedimentos para que um agente de mercado precifique acima do custo marginal, para auferir lucro econômico⁷².

5. Recusa de Contratação

Em determinadas circunstâncias, a recusa de contratação pode ser caracterizada como um ilícito concorrencial, tipificada pelo artigo 36, §3º, inciso XI, da LDC. Trata-se de conduta por meio da qual um agente econômico se recusa a fornecer ou prestar determinado bem ou serviço a outro em condições comerciais normais. Esta recusa pode ser tanto expressa quanto

⁷⁰ “Em relação à conduta de *price squeeze*, a Seae realizou uma comparação entre os valores da TU-RI, e os preços finais cobrados ao consumidor pelo STFC-LDN. Tal análise foi baseada em experiências internacionais e, principalmente no texto de Stephen King e Rodney Maddock “*Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze*”. Os autores identificam duas formas principais de avaliar condutas de *price squeeze* tomando-se como base o preço final cobrado pela empresa que supostamente estaria praticando a conduta anti-competitiva. A primeira delas é a partir da receita (*revenue imputation test*), em que a receita da firma que estaria praticando a conduta é comparada a seus custos totais. A segunda análise é do ponto de vista marginal e baseia-se no preço unitário (*marginal imputation test*), comparando o preço final do produto com o custo marginal da empresa. Pelo exame proposto por King e Maddock, a empresa estaria praticando *price squeeze* se a receita obtida por meio do preço final do produto não fosse capaz de cobrir seus custos totais, inclusive os custos do insumo do qual a empresa estaria usando para praticar a conduta mencionada.” Processos Administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002. Representantes: Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel e Intelig Telecomunicações Ltda. Representada: Telecomunicação de São Paulo S.A. – Telesp. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer.

⁷¹ Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98. Representante: Refinaria de Petróleo de Manguinhos S/A. Representada: Petróleo Brasileiro S/A. Voto do Conselheiro do Cade Luis Carlos Prado.

⁷² Nota Técnica nº 2/2017/DEE/CADE, Inquérito Administrativo nº 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – Semasa. Representada: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp.

ocorrer por meio do estabelecimento de condições comerciais que inviabilizem comercialmente tal transação.⁷³

Análises antitruste relativas à recusa de contratação são invariavelmente complexas, já que, em economias de mercado, os agentes econômicos são usualmente livres para escolher seus parceiros de negócios (como, por exemplo, consumidores ou fornecedores)⁷⁴. Em regra, toda empresa – dominante ou não – tem o direito de escolher seus parceiros comerciais e dispor seus bens e serviços, segundo os princípios da livre iniciativa e da autonomia de vontade das partes. No entanto, recusar-se a contratar com outros agentes em condições comerciais normais pode revelar, em determinadas circunstâncias, estratégia anticompetitiva e abusiva, sobretudo, quando a prática é capaz de distorcer as condições de competição, fechar mercado, elevar custos de rivais e/ou elevar barreiras à entrada de maneira artificial.⁷⁵

Nesse sentido, a imposição da obrigação de contratar a determinado agente econômico pode ter como justificativa a ideia de prevenção de comportamentos oportunistas e a proteção de investimentos efetuados pelo agente.

Como quase todas condutas unilaterais, trata-se de um ilícito analisado pela regra da razão.⁷⁶ Sua avaliação deve considerar a racionalidade econômica da conduta e seus efeitos líquidos à concorrência. Nesse sentido, para que uma recusa de contratação seja entendida como uma infração contra

⁷³ Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a definição utilizada pela OCDE: “*The term ‘refusal to deal’ (or ‘refusal to supply’) describes a situation in which one firm refuses to sell to another firm, is willing to sell only at a price that is considered ‘too high’, or is willing to sell only under conditions that are deemed unacceptable*”. OECD Policy Roundtables. Refusals to Deal, 2007, p. 9. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>>. Acesso em 10.03.2020.

⁷⁴ “*In general, any business — even a monopolist — may choose its business partners. (...) In general, a firm has no duty to deal with its competitors*”. UNITED STATES, Federal Trade Commission. Guide to Antitrust Laws. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/refusal-deal>>. Acesso em 10.03.2020.

⁷⁵ “*Os efeitos anticompetitivos potenciais estão relacionados principalmente ao “bloqueio” dos e/ou o aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento, como no item anterior (incluindo possível aumento de custos de rivais) (...)*”. BRASIL, Cade. Anexo I da Resolução Cade nº 20/1999, 1999, p. 5. 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 10.03.2020.

⁷⁶ OECD Policy Roundtables. Refusals to Deal, 2007. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>>. Acesso em 10.03.2020.

a ordem econômica, devem ser verificados danos reais ou potenciais à concorrência, não compensados por eventuais eficiências.

O problema concorrencial geralmente surge em mercados com monopólios naturais, insumos essenciais ou outras peculiaridades, em que a dominância decorre de razões estruturais e/ou onde existe uma clara situação de dependência com relação ao produto/serviço ofertado pelo agente dominante. Nesses casos, a conduta pode ser caracterizada como anticompetitiva quando praticada fora das condições normais de comércio ou quando resulta na interrupção injustificada do fornecimento de bens ou serviços, fazendo com que os agentes dependentes daqueles produtos/serviços fiquem incapacitados de competir de maneira efetiva.

Os principais efeitos negativos da prática referem-se a fechamento de mercado e elevação de custos de rivais. A recusa em contratar pode surgir de forma isolada ou associada a outras condutas unilaterais anticompetitivas⁷⁷, tais como: a proposição de preços ou condições abusivas, a imposição de compressão de margens no fornecimento para empresa em mercado a jusante, ou ainda, por meio da recusa de fornecimento de bem, caso o distribuidor pratique preço fora daquele fixado pelo agente dominante e até mesmo, pelo atraso na liberação de acesso à infraestrutura ou no fornecimento de serviço a determinado cliente-concorrente, em comparação com os demais clientes.

As justificativas econômicas de eficiências do agente dominante devem ser sopesadas diante da dependência econômica de outras empresas, dado que há situações em que o comportamento do agente dominante é legítimo e lícito, como recusa pela inadimplência do pagador ou insuficiência do estoque do fornecedor. Além disso, outras eficiências possíveis devem ser analisadas pelo Cade, tais como a garantia de um retorno adequado ao investimento ou evitar um comprometimento da própria capacidade de inovação do agente econômico pela obrigação de contratação ou pelas alterações estruturais nas condições de mercado dela decorrentes.

i. Posição dominante

A recusa de contratação somente será caracterizada como ilícito antitruste em casos de posição dominante, como definido no item II acima. Mais ainda, normalmente exige que haja uma verdadeira relação de dependência absoluta em relação ao produto/serviço fornecido pelo agente

⁷⁷ CADE. Resolução Cade nº 20/1999, Anexo I, p. 5. 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 10.03.2020.

econômico - de modo que não ter acesso a tal produto/serviço compromete a competição.

ii. Evidências da conduta

Ao analisar denúncias de recusa de contratação, o Cade avaliará se há efetivamente uma recusa injustificada por parte do agente dominante ou se, do contrário, há apenas problemas e interesses legítimos associados à negociação privada entre as partes. Nesse sentido, avalia-se, *inter alia*, (i) se o agente dominante está efetivamente recusando o fornecimento de um bem/serviço em condições normais de comércio, (ii) o histórico do relacionamento entre os agentes em questão, e (iii) se há interrupção brusca de relação comercial imposta por agente dominante, e quais os motivos dessa interrupção.

É fundamental investigar, pois, se há realmente uma recusa (que, como visto, pode se manifestar pela prática de condições comerciais totalmente desarrazoadas e desproporcionais), bem como as razões pelas quais há a suposta recusa.

Ademais, deve-se verificar se há efetivamente uma relação de dependência em relação ao bem/serviço objeto da prática. É imprescindível que o produto/serviço negado seja essencial para a competição, e que haja uma relação de dependência, de modo que, sem tal produto/serviço, a competição não seja viável (ou o seja, porém de maneira muito mais comprometida).

6. Exclusividade

Acordos de exclusividade geralmente compreendem práticas restritivas verticais em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem adquiri-lo unicamente de determinado vendedor, e a não adquirir os bens ou serviços de vendedores concorrentes⁷⁸ (ou vice-versa). A conduta de exclusividade pode ser tipificada no artigo 36, §3º, incisos III, IV, V e VI.

Embora a exclusividade na comercialização ou distribuição de produtos seja a forma mais comum, a exclusividade também pode ocorrer sobre outras variáveis comerciais, como, por exemplo, limitações a

⁷⁸ CADE. Resolução nº 20/1999, Anexo I, seção “B”, item 3.

merchandising e exposição de peças publicitárias⁷⁹. Esses acordos também podem compreender relações de direito e/ou de fato.

A exclusividade de direito pode ser identificada a partir de cláusulas contratuais formalizadas entre as partes. Por sua vez, a exclusividade de fato não é formalizada e costuma envolver exigência não sistemática de exclusividade e/ou obrigação de contratação firme de quantidades mínimas suficientemente altas de forma a não deixar espaço para aquisições de terceiros e/ou obrigação de presença de percentual mínimo de produtos ou serviços (no caso, por exemplo, de relações de comercialização e distribuição), sob pena de interrupção da relação comercial ou de bonificações aplicáveis⁸⁰.

Acordos de exclusividade podem ser justificados pela busca por proteção de investimentos e ativos contra a apropriação de terceiros⁸¹ (*free-riding*), proporcionando uma maior eficiência e alinhamento de incentivos⁸². Eficiências decorrentes desses acordos incluem, por exemplo, viabilização de novos investimentos e redução de custos transacionais, além de encorajar fornecedores a fomentar a atuação dos distribuidores mediante (i) investimentos de capital; (ii) empréstimos ou garantias de empréstimos e/ou outras formas de suporte financeiro; e (iii) transferência de *expertise* por meio de produtos ou treinamento de vendas, ou transferência de pessoal.

Contudo, acordos de exclusividade também podem gerar efeitos negativos para o mercado e para consumidores, como o fechamento de mercado e o aumento de barreiras à entrada, ao, por exemplo, reduzirem o acesso de firmas rivais a insumos de produção ou a canais de distribuição de produtos no mercado, e até mesmo facilitar condutas coordenadas. Uma vez constatada a ocorrência de tais possíveis efeitos negativos, há de se aferir se existem eficiências e razões econômicas capazes de compensá-los.

⁷⁹ Por exemplo, as condutas investigadas no Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25.

⁸⁰ Por exemplo, Processo Administrativo nº 08012.0038051/2004-10 (Representada: Companhia de Bebidas das Américas - Ambev).

⁸¹ Esse foi o caso, por exemplo, da análise adotada no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 (caso Unilever/Nestlé), de relatoria do Conselheiro João Paulo Resende. Nessa investigação, verificou-se, quanto ao contrato de exclusividade de *freezers*, que a exclusividade era justificada pela necessidade de a empresa proteger seus investimentos com relação ao ativo físico e proteger a imagem do fabricante, evitando o *free-riding* de concorrentes.

⁸² ICN. Unilateral Conduct Workbook. Chapter 5: Exclusive Dealing.

i. Posição dominante

Em casos de exclusividade, devem ser analisados tanto o mercado a montante (em que opera a empresa que está se utilizando da exclusividade) como o mercado a jusante (o mercado verticalmente relacionado em que os potenciais efeitos são observados)⁸³, devendo-se investigar se o agente econômico em questão possui ou não posição dominante suficiente para causar prejuízos à concorrência, tal como definido no item II acima.

ii. Avaliação do grau de fechamento de mercado

Na sequência, deve-se aferir se a exclusividade causa (ou tem o potencial de causar) fechamento de mercado significativo e injustificado, passando pelas seguintes etapas: (a) abrangência dos efeitos do acordo; (b) grau de evolução do mercado; (c) duração do acordo; e (d) contestabilidade do acordo de exclusividade.

Nesse sentido, a primeira etapa tem por objetivo avaliar a abrangência e relevância da parcela do mercado que é fechada pela exclusividade⁸⁴. Essa análise pode ser desenvolvida, por exemplo, a partir da conferência do volume de vendas ou do número de pontos de distribuição afetados pela exclusividade em face do total do mercado. Em regra, o acordo poderá ser anticompetitivo quando implicar fechamento de parcela substancial (quantitativa ou qualitativa) do mercado ou for pactuado com agentes econômicos de reputação ou marcas do tipo âncora⁸⁵, mas deve considerar as características particulares dos mercados. Verifica-se, pois, se a prática tem o

⁸³ Por exemplo, o Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

⁸⁴ Por exemplo, Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82 (Representadas: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer); Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25 (Representada: Souza Cruz S/A; Conselheiro Relator Ricardo Cueva); e Processo Administrativo nº 53500.000502/2001 (Representada: Celular CRT S.A.; Conselheiro Relator Luís Vasconcellos).

⁸⁵ Por exemplo, sobre pontos de venda formadores de opinião, Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 (Representada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV; Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan); e Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43 (Representada: Condomínio Shopping Center Iguatemi; Conselheiro Relator Luís Vasconcellos).

condão de excluir ou impedir/dificultar que firmas rivais possam competir de maneira eficiente⁸⁶.

A análise de ocorrência de fechamento de mercado deve também considerar o estágio da evolução do mercado. Via de regra, quanto maior for o potencial de crescimento do mercado (taxa de crescimento elevada e facilidade de entrada), menor será a probabilidade de fechamento para concorrentes. Similarmente, se o mercado já tiver atingido maturidade ou estiver em declínio, a probabilidade de fechamento de mercado poderá ser maior.

O prazo de duração da exclusividade determina a duração da restrição comercial. Em regra, quanto maior a duração, mais nocivos tendem a ser os efeitos. No entanto, não há um prazo específico que possa ser previamente definido como tendente a fechar o mercado, exigindo, portanto, uma análise casuística conforme a dinâmica competitiva de cada segmento e os investimentos envolvidos no acordo.

Por fim, acordos de exclusividade também podem acarretar fechamento de mercado caso possuam condições que desproporcionalmente dificultem a saída de uma das partes. Essas condições contratuais restritivas tornam o acordo mais rígido e facilitam que as condições de exclusividade pactuadas se perpetuem, como no caso de descontos relevantes de fidelidade e multas rescisórias desproporcionais⁸⁷, dentre outras⁸⁸. Essa análise deve aferir se o acordo de exclusividade pode ser contestado por firmas rivais.

⁸⁶ Por exemplo, FTC v. InVibio (2016).

⁸⁷ Por exemplo, Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82 (Representada: Condomínio Shopping Center Iguatemi).

⁸⁸ Por exemplo, sobre cláusulas inglesas: Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25 (Representada: Souza Cruz S/A; Conselheiro Relator Marcio Felsky); e Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11 (Requeridos: TV Globo Ltda., União Brasileira dos Grandes Clubes de Futebol, entre outros; Conselheiro Relator César Mattos). Sobre cláusulas de preferência e cobertura na renovação, vide Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31 (Representada: Globosat Programadora Ltda. e Globo Comunicações e Participações Ltda.; Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo).

7. *Políticas Promocionais (Descontos Condicionais, Programas de Fidelidade, Política de Bônus)*

As políticas promocionais⁸⁹ – incluindo descontos condicionais, programas de fidelidade e políticas de bônus – de modo geral, são práticas comuns e apresentam diversas justificativas econômicas e eficiências que favorecem a concorrência e o bem-estar do consumidor. Elas podem ser pró-competitivas na medida em que resultam em diminuição de preços, economias de escala e maior agilidade na recuperação dos custos fixos, bem como economias de escopo e redução dos custos de transação.

No entanto, quando as políticas promocionais são praticadas por agentes econômicos com poder de mercado, é possível que haja restrições à concorrência caso tais práticas tenham por efeito excluir ou comprometer a atuação de concorrentes, sobretudo quando não são baseadas em critérios e parâmetros razoáveis, objetivos e lineares, e/ou quando na verdade são utilizadas para mascarar práticas restritivas, como preços predatórios, imposição de preço de revenda, discriminação e exclusividade, nos termos, por exemplo, do artigo 36, §3º, incisos III (limitar ou impedir o acesso de empresas ao mercado), IV (criar dificuldades a concorrentes, fornecedores ou adquirentes), IX (impor condições comerciais de revenda) e X (fixação diferenciada de preços e condições comerciais), da LDC.

Especificamente no tocante aos descontos – que, por definição, são reduções do preço cobrado por um agente econômico para a prestação de um serviço ou a oferta de um determinado produto –, quando condicionados a determinados comportamentos ou metas, ou seja, quando concedidos a clientes para recompensar um comportamento de compra específico, podem impactar negativamente as condições de concorrência nos mercados relacionados à prática. Os descontos condicionados podem ser classificados

⁸⁹ Processo Administrativo nº 08000.000128/1995-98 (Empresa Folha da Manhã); Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31 (Microsoft Informática); Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 (AmBev); Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58 (Infoglobo); Processo Administrativo nº 08012.003921/2005-10 (Philip Morris Brasil Indústria e Comércio Ltda); Processo Administrativo nº 08012.007423/2006 - 27 (Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda); Processo Administrativo nº 08012.000478/1998-62 - (Siemens Engenharia e Service Ltda., e Leistung Comércio e Serviços Ltda.); Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26 e Requerimento nº 08700.004578/2015-44 – “Caso Refrigeração Ambev”; Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41 (Petróleo Brasileiro S.A.); Processo Administrativo nº 08012.007205/2009-35 (Unimed Nordeste Goiano); e Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60 (H-Buster São Paulo Indústria e Comércio e PST Eletrônica S.A.).

como: (i) retroativos, quando concedidos sobre todas as compras, e (ii) progressivos, referente apenas às compras acima de um determinado patamar (por exemplo, em termos de volume de compras). O principal efeito negativo dos descontos condicionados é o potencial fechamento do mercado via indução à exclusividade.

Ainda, os descontos condicionados podem ser classificados como aqueles aplicados a produtos únicos ou multiprodutos. Há preocupação concorrencial a respeito dos descontos multiprodutos, um tipo específico de desconto condicionado, no qual a concessão do benefício depende da aquisição de outros produtos do portfólio da empresa dominante ou do seu grupo econômico. Nesse caso, destaca-se o risco de potencial fechamento do mercado por meio da venda casada ou *bundling*, que dificilmente consegue ser replicado por concorrentes ou possíveis entrantes.

Outra preocupação derivada dos descontos condicionados se refere ao tratamento discriminatório dos consumidores e o seu potencial efeito exclusionário. Isso porque, nessa situação, se forem adotados descontos muito diferentes para clientes em situações semelhantes, é possível que a atuação competitiva nesses mercados seja prejudicada.

Os programas de fidelidade, por outro lado, são programas de incentivo contínuo para recompensar clientes e encorajar repetição de negócios. *A priori*, são pró-competitivos, pois aumentam as eficiências alocativa, técnica e dinâmica, ao gerar economias na produção e na distribuição, bem como induzem os consumidores a comprar e experimentar novos produtos.

Ainda, as políticas de bônus são um sistema de recompensa em que é oferecido um desconto para quem cumpre as metas previamente determinadas. Assim como o programa de fidelidade, funciona com uma ferramenta prática para incentivar o engajamento de clientes e aumentar as vendas.

De forma semelhante aos descontos condicionados, os programas de fidelidade e as políticas de bônus direcionam grande parte da demanda a um vendedor específico. Essas práticas poderão ser prejudiciais à concorrência quando promoverem o fechamento do mercado via indução à exclusividade, desencorajando os pontos de venda de comprar de fornecedores distintos, resultando na restrição de variedade dos produtos oferecidos.

i. Posição dominante

O primeiro passo da análise de políticas promocionais é a avaliação de posição dominante do agente econômico, como definido no item II acima. Por sua natureza de conduta unilateral, a detecção de posição dominante deve ultrapassar a mera constatação de poder de mercado. Caso não seja constatada a existência de dominância por parte do agente, é presumível que tais práticas não terão efeitos anticompetitivos.

ii. Evidências da conduta

Uma vez constatada a existência de posição dominante, é preciso avaliar a probabilidade de que as políticas promocionais gerem efeitos restritivos à concorrência. Em regra, os principais impactos negativos oriundos das políticas promocionais são: (i) o fechamento do mercado; (ii) a restrição da liberdade dos compradores; (iii) a exclusão de concorrentes do mercado; (iv) a criação de barreiras à entrada de novos concorrentes; (v) o desequilíbrio econômico; e (vi) o tratamento discriminatório.

Dessa forma, deve-se investigar se as políticas promocionais são lastreadas em critérios objetivos, razoáveis e lineares, e não mascaram, na verdade, outras práticas anticompetitivas, como preço predatório, imposição de preço de revenda e exclusividade.

Avalia-se, assim, aspectos como (i) a representatividade e a relevância dos clientes afetados, bem como a abrangência geográfica que eles ocupam, ou seja, quando ocupam parcela substancial do mercado; (ii) o longo prazo de duração dos acordos e contratos de descontos condicionados; (iii) a seletividade dos participantes, já mencionado anteriormente; (iv) o patamar da meta de compra mínima exigida aos compradores, que quanto mais elevada, maior o potencial efeito anticoncorrencial; (v) a relevância do benefício concedido, dado que a potencialidade de efeitos aumenta quanto mais atrativo for o benefício; e (vi) a linearidade dos descontos, na medida em que o desnível promovido pela ausência de linearidade desfaz a racionalidade econômica legítima dos descontos lineares por volume (*i.e.*, escala), e é suficiente para induzir o comportamento de exclusividade.

A análise da potencialidade lesiva das políticas promocionais deve ser feita caso a caso, levando em consideração as especificidades do caso concreto. Não há critérios *ex ante* e genéricos para se determinar a ilicitude de tais condutas, devendo o Cade ponderar, caso a caso, os efeitos negativos e as eficiências.

8. *Fixação de Preço de Revenda*

A fixação de preços de revenda (“FPR”) consiste em conduta por meio da qual o agente econômico (em geral, o fornecedor) estabelece o preço a ser praticado por integrantes de outra etapa da mesma cadeia produtiva (em geral, os distribuidores) na revenda de seus produtos ou serviços. A FPR pode ocorrer de três formas diferentes, mediante a (i) fixação de preço mínimo de revenda; (ii) a fixação de preço máximo de revenda; e (iii) a fixação de preço de revenda fixo.⁹⁰

Esta prática está disposta no artigo 36, §3º, inciso IX, da LDC, que prevê como conduta anticompetitiva “*impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros*”.

Inicialmente, é importante diferenciar sugestão de preços de revenda da FPR. Aquela diz respeito a uma prática em que um agente a montante ou *upstream* apenas sugere ou recomenda a agentes a jusante ou *downstream* os preços a serem praticados no mercado, sem qualquer coerção. Por sua vez, a principal característica da FPR é seu caráter obrigatório, sendo tal política comercial controlada e monitorada por seu autor a partir de mecanismos de controle e punição dos agentes que venham a desrespeitá-la. Os exemplos típicos desses mecanismos de controle, discriminação e/ou punição são: recusa de negociação pelo autor da FPR com o agente a jusante que desrespeite o preço imposto; e discriminação de preços, pelo agente a montante (distribuidor ou produtor), no fornecimento de bens ao agente a jusante (revendedor), em resposta à conduta do agente a jusante (revendedor) de respeitar ou não o preço imposto. A FPR é, portanto, revestida por um aspecto coativo, ausente na mera sugestão de preços de revenda, que poderia, no limite, gerar efeitos líquidos negativos à concorrência.

Em razão de seu caráter não vinculativo e de seus possíveis efeitos pró-competitivos, a sugestão de preços de revenda não é considerada um

⁹⁰ GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Singular, 2016. p. 173-178.

ilícito antitruste⁹¹⁹². Da mesma forma, a fixação de preços máximos de revenda, em geral, não levanta problemas concorrenciais, na medida em que permite aos revendedores competir livremente e reduzir os seus preços abaixo do preço máximo de revenda estabelecido.

Em regra, a fixação de preços de revenda (doravante utilizada para caracterizar preços fixos e preços mínimos) suscita as seguintes preocupações concorrenciais: (i) a eliminação da concorrência entre distribuidores da mesma marca (concorrência intramarca), com potencial aumento de preços para o consumidor; (ii) o incentivo à conduta colusiva entre fornecedores, que usam os preços de revenda como meio de coordenação entre si; (iii) o incentivo à conduta colusiva entre distribuidores, que usam a prática de fixação de preços de revenda como forma de mascarar o monitoramento de preços; (iv) o aumento de poder de mercado pelo fornecedor; (v) a elevação de barreiras à entrada, quando os agentes estabelecidos possuem poder de mercado; e (vi) o incentivo à adoção de política de discriminação de preços.

A fixação de preços pode também produzir eficiências que beneficiam tanto a cadeia a jusante quanto os consumidores, tais como: (i) a eliminação de margens duplas (dupla maximização dos lucros – pelo fornecedor e pelo distribuidor); (ii) a promoção de serviços pré-venda (como campanhas publicitárias) e a eliminação do efeito carona daqueles que se beneficiam indevidamente desses serviços; (iii) a preservação da imagem do produto de luxo ou de alta qualidade; (iv) o aumento da concorrência entre marcas (concorrência intermarca); e (v) o incentivo à entrada de novos

⁹¹ Na Europa, por exemplo, o Regulamento nº 330/2010 da Comissão permite, em seu artigo 4º, a), a referida prática explicitamente. Na mesma linha, a *Japan Fair Trade Commission*, autoridade antitruste japonesa, manifestou esse entendimento em seu Guia quanto a Sistemas de Distribuição e Práticas Comerciais sob a Lei Antimonopólio (*Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act*). “Nos casos em que um fornecedor sugere preços que apenas indicam preços de referência, essa conduta não é problemática.” Tradução livre de: “*In cases where an enterprise’s suggested retail price or quotation is indicated to distributors as a reference price, such conduct itself is not problematic*”. JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. *Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act*, p. 12. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf>. Acesso em 10.03.2020.

⁹² Processo Administrativo nº 148/92 (Representada: Kibon - Kraft Suchard Brasil S.A). Voto do ex-Conselheiro do Cade Leônidas Rangel Xausa. Vide Nota Técnica nº 07/2017/CGAA3/SGA1/SG/Cade.

concorrentes no mercado de distribuição, em razão da existência de uma margem de lucro assegurada.⁹³

Em virtude do alto potencial de produção de efeitos anticompetitivos horizontais decorrentes da conduta de fixação de preços, a jurisprudência do Cade delimitou aqueles casos específicos em que a conduta será considerada como em princípio ilícita, indicando parâmetros específicos para sua análise.

i. A FPR como ilícito antitruste pelo objeto

De acordo com a atual jurisprudência do Cade, a FPR é uma conduta considerada um ilícito concorrencial por objeto, trabalhando-se sob uma presunção relativa de ilicitude⁹⁴. Uma vez identificada a fixação de preços de revenda, cabe ao agente investigado demonstrar que (i) não possui poder econômico (demonstrando que o *market share* é inferior a 20%, como definido no item II acima, e que o índice C4 (percentual de mercado detido pelas quatro maiores empresas do mercado) dos mercados afetados é inferior a 75% (baixa probabilidade de exercício coordenado do poder de mercado), e (ii) a prática é revestida de razoabilidade e eficiências, como nos exemplos listados acima.⁹⁵

Outros aspectos que podem ser levados em consideração são: (i) a inexistência de comportamento colusivo entre agentes da cadeia produtiva, e (ii) a inexistência de condições discriminatórias entre revendedores (por exemplo, pontos de venda físicos e canais online).⁹⁶

9. Sham Litigation

O direito de petição e de acesso ao Poder Judiciário, previstos no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a e inciso XXXV da Constituição Federal, garantem a todos os cidadãos o direito de peticionar perante o Poder Público

⁹³ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações relativas às restrições verticais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0519%2804%29>. Acesso em 10.03.2020.

⁹⁴ Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representada: SKF do Brasil Ltda.), voto do Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho.

⁹⁵ Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 (Representada: Associação Brasileira de Agências d Viagens do Rio de Janeiro - ABAV-RJ), voto do ex-Conselheiro do Cade Marcos Paulo Veríssimo, p. 16; Consulta nº 08700.004594/2018-80 (Consultante: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.), voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier.

⁹⁶ Consulta nº 08700.004594/2018-80 (Consultante: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.), voto do ex- Conselheiro do Cade Paulo Burnier.

em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder. Apesar da proteção constitucional, a legislação brasileira já se posicionou no sentido de que o direito de petição não é ilimitado e absoluto e deve ser pautado pela legitimidade do pleito quando o agente busca seus direitos por boa-fé, com diligência e lealdade processual, sem dissimular qualquer estratégia anticompetitiva.

A *sham litigation*⁹⁷, prática também conhecida como litigância predatória ou fraudulenta, consiste exatamente no abuso do direito constitucional de peticionar perante autoridades judiciais ou administrativas contra rivais, sendo configurada como infração contra a ordem econômica na medida em que seja claramente abusiva e produza ou tenha potencial para produzir efeitos anticompetitivos, inclusive exclusão de concorrentes, aumento de custos de rivais e fechamento de mercado.

Na prática, o infrator abusa de sua capacidade postulatória e do livre acesso ao judiciário, utilizando-se dessas ações abusivamente para obstruir a concorrência⁹⁸. A conduta costuma ser caracterizada pelos mais variados mecanismos: (i) diversas e reiteradas ações, propostas perante diferentes autoridades, com mesmo embasamento e pouca probabilidade de sucesso; (ii) ações baseadas em informações contraditórias, falsas ou que podem induzir a autoridade julgadora a erro; e (iii) ações infundadas ou sem embasamento legal⁹⁹. Neste sentido, para configuração da prática de *sham litigation*, é

⁹⁷ O conceito de *sham litigation* surgiu na década de 1960, nos Estados Unidos. Tem por base a Doutrina *Noerr-Pennington*, originada em dois litígios judiciais que discutiam suposta infringência do *Sherman Act* por conduta de peticionar ao Estado. Os precedentes do Cade indicam que, não obstante tenha se inspirado nesta Doutrina para avaliar a configuração de *sham litigation* em diversos casos, a autoridade antitruste brasileira não a transplantou em sua íntegra, tendo extraído da jurisprudência norte-americana alguns parâmetros que são utilizados na análise da conduta.

⁹⁸ Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81 (Representante: Viação Oliveira Torres; Representada: Empresa Valaderense de Transporte Coletivo Ltda.), voto-vista do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo “(...) mesmo havendo direito indiscutível de petição assegurado à representada, seu uso indiscriminado e com fundamentos inconsistentes, como transparece em algumas passagens dos autos, pode configurar abuso de direito e infração à ordem econômica, se restar configurado ser seu propósito primeiro obstruir a concorrência”.

⁹⁹ Ressalta a Conselheira Ana Frazão “(...) o *sham litigation* não é configurado tão somente quando não há qualquer chance de êxito nas ações judiciais propostas e quando as ações possuem o objetivo de prejudicar concorrentes em lugar de garantir os direitos legítimos da parte. A noção mais ampla de abuso de direito adotada pelo ordenamento brasileiro permite que sua aplicação vá além da simples ocorrência de emulação, abrangendo igualmente as hipóteses de culpa.” (Voto da Conselheira Ana Frazão, no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91. Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company).

necessário que a autoridade seja capaz de constatar que o objetivo da demanda é causar constrangimento ou prejuízo aos negócios de concorrente, e não apenas vencer o concorrente no mérito do feito.

Conforme registrado acima, o abuso de direito de petição também pode ocorrer pela falta de cuidado com deveres, como a boa-fé processual, e omissões de informações que induzam o julgador a erro podem ser configuradas como *sham litigation*.

A verificação de ocorrência de *sham litigation*, porém, não é tarefa trivial, pois dada a proteção constitucional de peticionar, a linha que separa ações legítimas de ações ilegítimas pode ser tênue¹⁰⁰ e deve ser analisada em cada caso concreto.

i. Posição Dominante

De acordo com a jurisprudência do Cade¹⁰¹, não é indispensável, para caracterização da conduta, que um agente detenha necessariamente posição dominante. Isso porque, em mercado com dois ou poucos agentes ou em casos que envolvam direitos de propriedade intelectual, o simples êxito da demanda judicial, por si só, poderá gerar impactos instantâneos de restrição ou eliminação da concorrência, independentemente de uma análise de

¹⁰⁰ No Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71 (Representante: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e outros. Representadas: Associação Boa Vista de Táxi e outros), o Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia durante a análise para verificar a configuração do abuso do direito de petição, entendeu pelo arquivamento do caso e considerou que as Representadas tinham uma demanda com fundamento, com base no argumento de que a recente entrada no mercado das Empresas de Rede de Transporte – ERTs tinha trazido “*dúvida jurídica plausível a respeito da legalidade das ERTs (...) um momento inicial em que houve uma ambiguidade nas decisões sobre quais seriam as partes legítimas, os instrumentos judiciais devidos e a competência dos foros, em um quadro de relativa incerteza jurídica, o que acabou suscitando nas Representadas a urgência e necessidade de se impetrarem diferentes ações até que as questões pudessem ser definidas pelo próprio Judiciário (...) a demanda dos taxistas em reconhecer a proibição dos aplicativos de transporte individual de passageiros não parece estar totalmente despida de fundamento*”.

¹⁰¹ Inquérito Administrativo nº 08700.000015/2018-20 (Representante: Warie Industrial Ltda. EPP. Representadas: JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S.A. e Straumman B.V); Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 (Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company); e Inquérito Administrativo nº 08012.011615/2008-08 (Representante: Cristália Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda. Representados: Abbie Farmacêutica e Abbott Laboratories Inc.).

participação de mercado do agente infrator¹⁰². Nestas circunstâncias, o efeito concreto produzido pode determinar a viabilidade da conduta praticada pelo agente, independentemente de sua posição dominante.

ii. Testes

A jurisprudência do Cade¹⁰³, baseada na experiência norte-americana, apresenta testes objetivos a serem realizados para identificar a prática de *sham litigation*, avaliando-se, *inter alia*, (i) a plausibilidade do direito invocado, (ii) a veracidade das informações, (iii) a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados, e (iv) a probabilidade de sucesso no pedido.

Os testes são os seguintes:

- Teste PRE: analisa primordialmente os aspectos objetivos (fundamento legal e interesse de agir) e subjetivos (intenção ou motivação do autor) das ações propostas. Assim, para que reste configurada a *sham litigation*, o teste requer: (i) a comprovação de que a ação não tem fundamento jurídico algum (*baseless claim*), ao ponto que nenhum litigante sensato poderia razoavelmente acreditar que obteria sucesso em seu pleito; e (ii) a intenção ou motivação do litigante em interferir

¹⁰² Neste sentido, o voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual no Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11 (Representante: Associação Brasileira dos Fabricantes, Distribuidores, Comerciantes e Importadores de Óculos de Sol. Representadas: Associação Brasileira da Indústria Óptica (Abióptica) e outras) conclui que: “*Em verdade, quanto menor a presença da representada no mercado, quanto menor for seu share, maior é o dano que uma prática de sham litigation pode ocasionar. O raciocínio parece invertido, mas é exatamente assim. Afinal, uma empresa hipotética que detenha 80% do mercado e, valendo-se ilicitamente da mão do Estado, torna-se monopolista, ampliou ilegalmente em 20% o seu espaço de negócios, com efeitos sobre todos os consumidores, anteriores ou não. Já uma empresa que detivesse apenas 20% e conseguisse, também via esta regulação, o monopólio teria causado dano ainda maior em razão de maior aquisição de poder de mercado. Logo, não enfrente neste momento do voto a requerida discussão sobre poder de mercado, tomando como certa que a mudança defendida do ambiente jurídico da competição cria poder de mercado com capacidade de gerar dominância no mercado*”.

¹⁰³ Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72 (Representante: Grupo Moura. Representadas: Enersystem do Brasil, Optus Ind. e Com. Ltda e Newpower Sistemas de Energia); e Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 (Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos. Representadas: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company).

deliberadamente nas relações negociais e atuação de seu(s) concorrente(s).

- Teste POSCO: aplicado quando diversas e reiteradas ações, por meio de processos administrativos e/ou judiciais, com pequena chance de sucesso e potencial de causar danos colaterais (aumento de custo ou exclusão de mercado, por exemplo), são propostas contra competidores. O objetivo do teste é identificar se uma série de ações poderia aumentar de forma ilegítima o custo do rival, independentemente de as ações serem infundadas, terem sido extintas sem julgamento de mérito ou da existência de eventual decisão favorável ao requerente em um ou mais casos.
- Análise de litigância fraudulenta (*Walker Process*): tem por objetivo verificar se as ações propostas se baseiam em argumentos ou fatos falsos, omissões ou contradições e se a partir de uma decisão favorável do julgador poderiam resultar danos à concorrência em determinado mercado. Nesta análise se insere a doutrina *Walker Process*, que versa sobre as hipóteses em que um agente obteve direito de patente por meio de falsidade, enganosidade ou outro meio ilícito, e tenta excluir concorrentes por meio de ações alegando violação deste direito de propriedade industrial.
- Acordos Judiciais e outras ações: acordos judiciais que visem a assegurar a compensação em troca da saída consensual de concorrente ou a mudança de sua conduta em mercado com elevadas barreiras à entrada, permitindo a criação de monopólios ou elevação de poder de mercado, podem ser considerados infração concorrencial. Outras ações judiciais com objetivo de implementar práticas anticoncorrenciais clássicas (como fixação de preço de revenda, venda casada, exclusividade etc.) também não são imunes à responsabilização antitruste.

Os testes descritos acima fazem parte de um guia inicial, um rol não-exaustivo, para análise das condutas de litigância anticompetitiva, pois a prática de *sham litigation* pode ocorrer de forma e modos diversos, razão pela qual é necessária a análise caso a caso e uma contextualização no que tange ao setor econômico envolvido, seguindo a regra da razão para identificar a ilicitude ou não da conduta.

