



Maryanne Mendes Marques de Oliveira

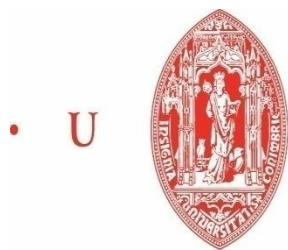
Restrições Verticais - Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil
e na União Europeia

Mestrado em Direito / Menção em Ciências Jurídico-Económicas

Dezembro/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maryanne Mendes Marques de Oliveira

Restrições Verticais – Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na
União Europeia

Vertical Restraints - An analysis of the Competition Law in Brazil and in the
European Union

Dissertação Apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudo em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Económicas.

Orientador: Professor Doutor João José Nogueira Almeida
Coimbra, 2016

Agradecimentos

Inicio agradecendo a Deus. A Ele que esteve sempre ao meu lado durante esta caminhada, que em tantos momentos desesperadores me carregou no colo, não permitindo que eu me afastasse do meu propósito. Ele é a luz, fortaleza, proteção e sabedoria que dá sentido a minha vida. Contudo, não teria chegado até aqui sem a ajuda de alguns anjos que Ele me enviou, a saber:

Agradeço aos meus pais, Arlenomar e Eliene, que mesmo distantes, estiveram sempre comigo, ensinando-me, apoiando-me, amando-me incondicionalmente e acreditando em meu potencial. A eles que nos momentos de tristeza me acolheram no abraço mais puro e aconchegante, são meus heróis, são as pessoas que mais admiro no mundo, pois sempre se doaram por inteiro e muitas vezes renunciaram seus sonhos, para que pudéssemos realizar os nossos, dotados de uma bondade e humildade infinita, que nos iluminou nos caminhos mais obscuros com muito afeto e dedicação para que trilhássemos sem medo e cheios de esperança, a tudo isso um muito obrigada não bastaria. Todo o meu carinho e gratidão a vocês, que além de transmitir seus conhecimentos e suas experiências, souberam apoiar-me em minhas dificuldades, e em meio tantas dificuldades me permitiram realizar mais esse sonho.

Agradeço aos meus irmãos, Mirian, Lucas, Laura e Samuel, aos meus sobrinhos Jean Carlos, Rafael e Guilherme, a minha cunhada Larissa, pessoas responsáveis por momentos insubstituíveis de alegrias, donos da minha saudade e do meu coração, vocês são o presente mais bonito que Deus poderia me dar. É de vocês que eu tiro força interior para superar as dificuldades e continuar em frente, obrigada pela compreensão e carinho. Eu amo vocês!

Meu sincero agradecimento a pessoa que acompanhou todas as etapas da minha vida, sempre me protegeu, brincou, e me amou incondicionalmente, que sempre foi uma mãe, avó, tia, irmã, melhor amiga, à você Armirene, meu muito obrigada. Saiba que o meu amor é recíproco e, espero um dia poder retribuir ao menos a metade do que a senhora fez por mim.

Obrigada comadres Valdirene e Bárbara e compadres Ercilanio e Michael, por confiarem a vida de seus filhos a mim, através de vocês descobri que ser madrinha é amar

incondicionalmente um ser gerado dentro do coração, Miguel, Gabrielly e Grazyelle a madrinha ama vocês.

Obrigada a todos meus familiares paternos, avó e avô de coração – Valdomira e Valdivino-, tios que são pais, primos que são irmãos, e aos meus familiares maternos, Eline, Mauro, Nino, Ivone e César. Todos vocês que sempre são tão dedicados e preocupados comigo. Saibam que sem vocês uma festa não é festa.

Agradeço meu companheiro Arturo, meu melhor amigo, meu ouvinte atento de algumas dúvidas, inquietações, desânimos e sucessos, pelo apoio, pela confiança, paciência, por ser dono de um coração incrível, e pela valorização sempre tão entusiasta do meu trabalho. Você me proporcionou a possibilidade de conhecer o seu lindo e encantador país México, e também sua estimada família que tão carinhosamente me acolheu. Gracias Nego, te quiero mucho!.

Meu muitíssimo obrigada ao meu orientador e Professor Doutor João Nogueira de Almeida por aceitar-me como orientanda, incentivar-me, apoiar-me e compartilhar seu vasto conhecimento. Saiba que sempre serei uma eterna admiradora da sua paciência, humildade e sabedoria.

Não podendo deixar de agradecer às pessoas que já não estão presentes e, que nunca deixaram de ser especiais, amadas e lembradas. À memória de, minha mãe Maria, meus avôs José Pedro e Abadio, minhas avós Hilda e Olivia, meu cunhado Everaldo, e meu anjo e irmã Júlia.

Há muito mais a quem agradecer, a todos aqueles não nomeados, me brindaram com seus inestimáveis apoios em distintos momentos. Meu reconhecido e carinhoso muito obrigada.

Todos vocês são co-autores deste trabalho.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar as restrições verticais no âmbito da formulação de política de defesa da concorrência. Na primeira parte fazemos uma introdução à análise econômica do direito, apresentando conceitos, sua evolução e os tipos de restrições verticais. Considera-se as possíveis eficiências geradas, como a eliminação da dupla marginalização, a economia com custos de transação e os ganhos relacionados às economias de escala e escopo; e os possíveis efeitos anticompetitivos, que incluem as barreiras à entrada, o bloqueio de mercado e o aumento dos custos das empresas rivais. Argumenta-se o uso da Regra da Razão como melhor alternativa para a avaliação das condutas restritivas, uma vez que é necessário sopesar os efeitos gerados e avaliar as eficiências líquidas do processo. Durante algum tempo, as autoridades e os tribunais europeus, de uma forma geral, adotaram uma abordagem rígida das restrições verticais empregadas por empresas dominantes, considerando ilegais *per se*, contudo, os tempos mudaram e com ele a abordagem realizada pela UE, que se tornou mais aberta para admitir uma “regra da razão” ou uma análise “baseada em efeitos” das restrições verticais. No Brasil, a sistemática de análise de condutas restritivas concentra-se na constatação do poder de mercado e na utilização da “regra da razão” visando à ponderação entre as restrições e as eficiências gerada à concorrência.

Palavras chave: Restrição Vertical; efeitos anticoncorrenciais; pró-concorrenciais; União Europeia; Brasil.

Abstract

The aim of the present work is to analyse the vertical restrictions in the formulation of the competition defence politic. The first part regards an introduction of economic analyse of law that includes concepts, its evolution and the different types of vertical restrictions. There are considered the possible efficiencies generated, such as the double marginalization, the economy with transaction costs, and the profits related to the scale economies and scope; and the possible anticompetitive effects that include the barriers to the entry or market blocking and the rise to costs of the rivals companies. It is argued the use of the Reason Rule as the best alternative to evaluate the restrictive conducts, once it is necessary to poise the generated effects, and assess the liquid efficiencies of the process. During sometime the authorities and the European tribunals, in a general way, adopted a rigid approach of the vertical restrictions used by the dominant companies, which were considered illegal, however, this gradually change and the approach made by the European Union becomes more open to admit the “rule reason” or an analyse “based on the effects” of vertical restrictions. In Brazil the systematic of restricted conduct analysis is focused in the confirmation of market power and in the use of the “rule reason” aiming the weighing between the restrictions and the efficiency generated to the competition.

Keywords: Vertical restriction, anti-competitive effects, pro-competitive, European Union, Brazil

Lista de siglas e abreviaturas

AAC – Average Avoidable Costs
AdC – Autoridade da Concorrência
ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações
BP – Banco de Portugal
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Económica
CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CE – Comissão Europeia
CEE – Comunidade Económica Europeia
CMVM – Comissão de Mercado de Valores Mobiliários
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
DGE – Direção-Geral da Empresa
DPDE – Departamento de Proteção e Defesa Económica
ECJ – European Court of Justice
ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Estratégicos
EUA – Estados Unidos da América
FTC – Federal Trade Commission
IMOPPI – Instituto de Mercado de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário
INAC – Instituto Nacional de Aviação Civil
INTF – Instituto Nacional do Transporte Ferroviário
IRAR – Instituto Regulador das Águas e Resíduos
ISP – Instituto de Seguros de Portugal
LDC – Lei de Defesa da Concorrência
LRAIC – Average Long Term Incremental Costs
NLDC – Nova Lei de Defesa da Concorrência
OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico
OEM – Original Equipment Manufacture
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE – Secretaria de Direito Económico
SEAE – Secretária de Acompanhamento Económico

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCE – Tratado das Comunidades Europeias

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TMH – Teste do Monopolista Hipotético

UE – União Europeia

WMP – Windows Media Player

Índice

Introdução	12
Capítulo 1.....	16
1 A evolução do pensamento econômico com relação às restrições verticais	16
1.2 Coase e os custos de transação	19
1.3 As falhas de mercado	21
1.4 Os contratos	23
1.5 Tipos de restrição vertical	26
1.5.1 Acordos de exclusividade	27
1.5.1.1 Possíveis efeitos anticoncorrenciais	28
1.5.1.2 Possíveis eficiências compensadoras	30
1.5.2 Descontos condicionados	32
1.5.2.1 Possíveis efeitos anticoncorrenciais	33
1.5.2.2 Possíveis eficiências compensadoras	33
1.5.3 Vendas casadas	35
1.5.3.1 Possíveis efeitos anticoncorrenciais	36
1.5.3.2 Possíveis eficiências compensadoras.....	38
Capítulo 2.....	40
2 Efeitos anticoncorrenciais e eficiências da restrição vertical	40
2.1 A regra <i>per se</i> e a regra da razão	42
2.2 Poder de mercado.....	45
2.3 Mercado relevante	48
2.4 Efeitos anticoncorrenciais	49
2.4.1 Diminuição da concorrência intramarca	49
2.4.2 Possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores	51
2.4.3 Possibilidade de cartelização no mercado dos distribuidores	52
2.4.4 Aumento unilateral do poder de mercado do fornecedor	54
2.4.5 Aumento das barreiras à entrada	55
2.4.6 Discriminação de preços	56
2.4.7 Problemas de comprometimento	57

2.5 Restrições verticais como eficiência	57
2.5.1 Eliminação da dupla marginalização	57
2.5.2 Melhoria nos serviços de pós e pré venda, concorrência pelo não preço	58
2.5.3 Eliminação do <i>free rider</i>	59
2.5.4 Preservação da imagem do produto e da marca	62
2.5.5 Aumento da concorrência entremarcas	63
Capítulo 3.....	64
3 Das regras per se à análise baseada em efeitos na União Europeia	64
3.1 Evolução dos regimes de defesa da concorrência na Europa	64
3.2 A legislação da União Europeia	66
3.3 Abordagem formalista seguida pelas cortes da União Europeia e pela Comissão	69
3.4 A experiência da União Europeia	69
3.4.1 Hoffmann-La Roche vs. Comissão das Comunidades Europeias	69
3.4.2 Deutsche Grammophon Gesellschaft vs. Metro	72
3.4.3 Pronuptia de Paris vs. Schillgallis	73
3.4.4 Van den Bergh Foods vs. Comissão das Comunidades Europeias	74
3.4.5 Consten-Grundig vs. Comissão das Comunidades Europeias	75
3.4.6 Microsoft vs. Comissão das Comunidades Europeias	75
3.5 O Guia de Análise de 2008	79
3.6 Princípios da concorrência em Portugal	83
3.6.1 A Nova Lei de Concorrência Portuguesa	87
3.6.1.2 Análise de caso em Portugal	87
Capítulo 4.....	92
4 Restrição vertical no direito antitruste Brasileiro	92
4.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	92
4.2 O funcionamento das restrições verticais no direito Brasileiro	94
4.2.1 Caracterização da conduta	97
4.2.2 Análise das condições estruturais e institucionais	100
4.2.3 Efeitos anticompetitivos e eficiência da conduta	103
4.3 A experiência Brasileira	105
4.3.1 Secretaria de Direito Econômico vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda	105
4.3.2 Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma	106

4.3.3 Sindicato das Indústrias de Panificação de SP-Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de SP vs. Indústrias Alimentícias Gerais (KIBON)	108
4.3.4 Companhia de Bebidas das Américas- AmBev	110
4.3.5 Matel Tecnologia de Informática S/A –MATEC	112
4.3.6 Philip Morris vs. Souza Cruz	113
4.3.7 Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores (FENABRAVE) vs. Fiat, Volkwwagem, Ford e General Motors	117
Conclusão	120
Referências Bibliográficas	124
Jurisprudência	133

Introdução

A defesa da concorrência não é um fim em si mesmo, pois possui a finalidade de se criar uma economia eficiente. Em uma economia eficiente, existem as empresas e os consumidores satisfeitos, as empresas por receberem incentivos apropriados ao aumento da produtividade, para a inovação de produtos e melhor prestação de serviços, o que proporciona um crescimento econômico; e aos consumidores por disporem de uma quantidade maior de novidade e variedade de produtos e serviços, por um preço reduzido e com uma qualidade superior.

Para que tal objetivo seja cumprido, a avaliação normativa da política de defesa da concorrência procura garantir condições para o livre funcionamento dos mercados e iniciativas dos agentes econômicos, impedindo que a concorrência seja restringida. A livre concorrência estimula as empresas a realizarem ofertas de produtos e serviços com preços mais reduzidos e de forma que satisfaça os consumidores, uma vez que seus concorrentes possam vir a conquistar sua clientela. Então, além de possuir a garantia de menor preço para os consumidores e uma maior variedade de produtos, também estimula a criatividade e a inovação, o que gera maior desenvolvimento tecnológico, com resultados benéficos para a sociedade.

Nessa perspectiva, os órgãos de defesa da concorrência possuem o papel de exercer controle ao exercício de poder de mercado das empresas, poder esse, expresso, especialmente, pela fixação de preços acima dos níveis concorrenciais, permitindo a obtenção de lucros acima aos considerados lucros normais. A aceitação ou rejeição do poder de mercado pelas autoridades concorrenciais irá depender da maneira como é exercido pelas empresas.

Em razão disso a ação antitruste é realizada quando existe a possibilidade ou a comprovação de efeitos anticoncorrenciais no mercado, e tem como finalidade a eliminação do uso abusivo daquele poder. Por um lado, procura-se reprimir práticas empresariais anticompetitivas, que geram danos ou restrições à concorrência, que produzem conseqüências indesejáveis na sociedade. E, por outro lado, busca-se evitar o surgimento de estruturas de mercado mais concentradas, que elevam a possibilidade do exercício de poder de mercado abusivo, utilizando o controle preventivo dos atos de concentração.

Diante do exposto, o presente trabalho abordará as restrições verticais, cuja presença é bastante comum em acordos cooperativos entre empresas. No primeiro momento será analisada a evolução do pensamento econômico em relação às restrições verticais, com uma análise nos modelos adotados pela Escola de Harvard e a Escola de Chicago que foram de extrema importância para a história da defesa da concorrência. Atualmente, a doutrina da Escola de Chicago prevalece, porém, nas jurisdições mais sensíveis sob o ponto de vista concorrencial, como Brasil e Europa, a escola estruturalista ainda possui certa influência.

Analisando os custos de transação segundo Ronald Coase, o responsável pela estruturação do raciocínio e o método de trabalho da Economia dos Custos de Transação, ele defende que os custos de transação são gerados quando nas atividades econômicas existem as trocas de bens, serviços e moedas entre os agentes econômicos. São aqueles os quais os agentes passam quando recorrem ao mercado, são custos incididos ao realizar o negócio, elaborar e certificar o cumprimento de um contrato. Tal conceito aprimorou a visão já existente e proporcionou maiores incentivos para a posição de que as restrições verticais, por aumentar a eficiência, deveriam ser consideradas como legais *per se*.

As falhas de mercado, que podem ser; falhas de informações, a ausência de mobilidade dos fatores, o poder do monopólio, as externalidades e os bens; quando a mesma é constatada, torna-se necessária a intervenção do Estado no controle econômico para que mediante a elaboração de normas de caráter legal elimine ou amenize as referidas imperfeições.

A teoria dos contratos segundo Oliver Williamson, afirma que, uma simples promessa de manter a relação contratual com a distribuição inicial de lucros poderia ser aceitável para que se tenha uma solução de ajuste da transação para eventos que não foram premeditados, conseqüentemente tornando todas as práticas dos agentes econômicos plenamente confiáveis. A restrição vertical, como modalidade de contrato, amplificaria a eficiência, evitando as situações que geram incertezas.

O ajuste do comportamento das partes, por meio de cláusulas contratuais limitativas da respectiva capacidade concorrencial (os contratos entre um fornecedor dominante e seus clientes que restringem a capacidade de tais clientes de comprar dos rivais da empresa dominante), demonstra uma condição essencial à obtenção de ganhos de eficiência, o que modifica o cenário concorrencial dos mercados simultaneamente.

Nesses contratos incluem; os acordos de exclusividade, onde as empresas que possuem domínio de mercado comercializam um produto estabelecendo uma condição de impedimento, determinando que os compradores não comprem o mesmo produto de seus concorrentes. Nos descontos condicionados as empresas dominantes oferecem incentivos de preços aos clientes que optarem pela compra total ou de uma grande parte de seus produtos da empresa dominante, esses descontos variam entre um único produto, ou vários produtos, ou seja, desconto por pacote. Já nas vendas casadas, as empresas dominantes consentem em comercializar um produto apenas se, o comprador também comprar um segundo produto (venda casada), ou a empresa dominante apenas irá comercializa os dois produtos como um pacote (pacote puro).

Por causa do caráter restritivo, as normas de defesa da concorrência possuem a necessidade de submeter à apreciação destas situações a um balanço econômico, ou seja, a uma análise baseada em eficiências e efeitos anticompetitivos.

Foram observadas situações nas quais as restrições verticais induzem ao aumento das barreiras à entrada ou o bloqueio dos mercados, conseqüentemente reduzindo a competição. O surgimento de possíveis efeitos anticompetitivos, depende da existência do poder de mercado em pelo menos um dos mercados envolvidos nesta integração.

A existência de coordenação vertical pode fazer com que a área relevante de concorrência se torne a área de competição entre cadeias constituída por produtores e distribuidores ao longo de um fluxo produtivo. Então, a análise da competição entre essas estruturas verticais se torna mais relevante que os resultados procedentes de análises da competição entre as firmas, o que se conclui que, em determinadas situações, as restrições verticais podem mostrar-se pró-competitivas a um nível de concorrência ampliado.

No terceiro capítulo discute como as restrições verticais têm sido avaliadas nos termos da legislação concorrencial europeia, que antes utilizava uma abordagem legalista baseada exclusivamente nas normas jurídicas; e a nova abordagem analítica adotada pela Comissão Europeia, que atualmente adota uma abordagem com base em efeitos.

Apresenta uma breve introdução à evolução dos regimes de defesa da concorrência europeia, em seguida a legislação concorrencial da UE com foco no artigo 102 do TFUE, o qual proíbe o abuso da posição dominante. Posteriormente, uma revisão concernente a jurisprudência tradicional das cortes europeias, cuja característica é a abordagem estrita com relações às restrições verticais; e a aplicação do artigo 102 do

TFUE, que resultou na adoção do Guia de Análise, que é um documento de política pública minucioso e completo.

Finalmente uma análise que inicia com uma evolução da legislação em Portugal, e a importância da criação da Autoridade da Concorrência, que em conjunto com o progresso e aprimoramento da legislação de defesa da concorrência, como a criação da Nova Lei de Concorrência, que tem como objetivo reforçar a concorrência estrutural na economia, presente no Memorando de Entendimento, firmado entre o Governo Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional; proporcionou o começo de um novo ciclo no quadro legal de funcionamento da economia portuguesa, garantindo sua integral inserção nos sistemas mais evoluídos e permitindo aos operadores e econômicos deliberar de um ordenamento jurídico concorrencial seguro e moderno, com capacidade de desenvolver um mercado mais eficiente. E por fim, uma análise à possível prática restritiva da “Nestlé Portugal, S.A.”

No último capítulo abordamos a maneira como a restrição vertical tem sido analisada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com uma introdução ao SBDC, com uma visão geral da Lei de Defesa da Concorrência nº 8.884/94, que o instituiu, assim como a Resolução CADE 20, que determinou as regras gerais para a análise das restrições verticais, fazendo referência à nova legislação concorrencial brasileira, a Lei nº 12.529/2011 – Nova Lei de Defesa da Concorrência – que não altera significativamente as regras básicas. Finalizando com a visão geral da jurisprudência brasileira que, de uma forma geral, adota uma abordagem baseada em efeitos, apesar de, em alguns casos ainda adotar a abordagem baseada em regras *per se*.

Capítulo 1

1 A economia das restrições verticais

1.1 A evolução do pensamento econômico com relação às restrições verticais

Durante muito tempo, as autoridades e os tribunais concorrenciais que tratam as restrições verticais tenderam em favor da aplicação de padrões simples, tendo em vista que alguns modelos de restrição eram ilegais *per se*¹, ou seja, suas condutas eram proibidas independentemente da comprovação de efeitos anticoncorrenciais e de lesão para o consumidor.

No período de 1950 e 1960 o foco eram as estruturas. A Escola de Harvard foi precursora desse posicionamento, tendo em vista que não era a favor da concentração do poder de mercado sob a justificativa de ser propício a gerar prejuízo ao fluxo da economia. Conforme essa escola, a grande parte dos agentes econômicos no mercado conservava a estrutura fragmentada. Mesmo com a evolução teórica desta Escola o ponto principal manteve-se na concentração do poder econômico, ainda tendo no momento a atenção nos efeitos das condutas dos agentes empresariais sobre a estrutura do mercado.

Entre as décadas de 1950 e 1960, os economistas da Universidade de Chicago (Escola de Chicago) começaram a refutar a abordagem formalística mediante a introdução do rigor analítico à análise das restrições verticais.² Porém sua abordagem, que implantou detalhadamente as normas antitruste, foi contestada por outros economistas posteriormente na década de 1980, alegando que os incentivos e os comportamentos das empresas não eram tão simples como a Escola de Chicago acreditava, e sim, mais complexo e, ainda, as condutas estratégicas das empresas deveriam receber mais atenção na medida em que afetasse o funcionamento do mercado.³

¹ Gaban e Domingues, Direito antitruste, 2012, p.83. “A regra *per se*, determina que, uma vez configuradas certas práticas, o ato poderá ser julgado como ilegal sem a necessidade de aprofundamento da investigação. (...). Desse modo, a análise de uma conduta típica *per se* poderá ser interrompida em um estágio de investigação anterior ao da regra da razão.” Ver também: Hovenkamp, 1999, p.251-252.

² Tal escola é composta por especialistas em antitruste, entre eles Aaron Director, Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner. Para maior compreensão acerca da Escola de Chicago sobre antitruste, ver Robert Brook, *The antitrust paradox – A policy at war with itself*, The Free Press, 1978, New Edition, 1993.

³ Ver Herbert Hovenkamp, “Post-Chicago antitrust: a review and critique”, *Columbia Business Law Review* 257, 2001.

Diante disso, a Escola de Chicago se contrapôs a Escola de Harvard, alegando que as concentrações deveriam ser analisadas e julgadas conforme sua eficácia, ou seja, os benefícios trazidos aos consumidores deveriam ser avaliados valorizando a eficiência alocativa de mercado.⁴

Houve uma redução na competitividade no mercado americano na década de 80, desencadeando uma alteração no sistema concorrencial, cujo objetivo principal a promoção da eficiência econômica. A política antitruste se tornou mais condescendente, surgindo então a Escola pós-Chicago, que passou a questionar as normas de ilegalidade *per se*; preocupando em dar ênfase a eficiência de fenômenos que antes foram criticados pela lei antitruste; e defendendo as restrições verticais como benévola à economia e pró-competitivas.

Desde a Escola de Chicago as restrições verticais passaram a ser analisadas não como um ilícito em si mesmo, e sim como práticas que podem ou não serem consideradas como ilícita, posto que asseguram economias de produção.

Segundo a Análise Econômica do Direito⁵ e a Escola de Chicago, não haveria motivo para impedir determinado ato, mesmo que viesse a causar prejuízo a determinados setores da sociedade⁶, caso não fique demonstrado que ele importa um efeito que causa interferência da alocação de recursos e, do mesmo modo, causa algum impacto sobre a

⁴ Chama-se eficiência alocativa de mercado a relação entre ganhos e perdas econômicas. Dessa forma, haverá eficiência alocativa se os ganhos dos agentes econômicos beneficiados por essa condição forem suficientes.

⁵ A análise econômica do direito se originou do direito antitruste, naturalmente por conta das análises econômicas que tal ramo requer. A partir da década de 60, no entanto, mais precisamente com Coase e seu artigo, *The problem of social cost*, passa a se infiltrar em outros setores jurídicos. É importante mencionar que a AED fornece três modelos para a justificação da regulamentação da atividade econômica: (i) elaborado por G. Stigler, coloca que a regulamentação está sujeita às forças do mercado e que é consequência de pressões dos grupos interessados; (ii) o segundo, de autoria de R. Posner, sugere que a regulamentação persegue o interesse público, consubstanciado na correção das imperfeições do mercado; (iii) o terceiro, também colocado por Posner, pelo qual a regulamentação seria dirigida ao interesse público, mas seus agentes reguladores se submetem a posteriori aos interesses dos respectivos grupos regulamentados (*the capture theory*). Vide, neste sentido: G. Stigler, *The theory of economic regulation*, p. 3, e Richard Posner, *Theories of economic regulation*, p. 335.

⁶ Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, economia e direito possuem diferentes tipos-ideais. Via de consequência, as decisões serão avaliadas de forma diversa em cada um destes campos. No âmbito da economia a avaliação se dará em termos de eficiência ou custo. Já na seara jurídica o critério definidor será o da legalidade. É por tal motivo que, apesar de em um primeiro momento determinados atos implicarem uma redução de custo ou aumento de eficiência (no sentido econômico da palavra), pelo fato de a “eficiência” e o “custo” não serem a razão ou sentido da ação, o direito tomará rumo inverso ao do pensamento econômico (José Reinaldo de Lima Lopes, *Raciocínio jurídico e economia*, p. 142).

economia.⁷ Pois, caso as restrições verticais dessem valor em melhoria na eficiência alocativa do mercado, trariam assim benefícios aos consumidores.⁸

Tais negócios passaram então a ser estudados com o foco voltado para a eficiência alocativa, de maneira que as concentrações não seriam tomadas como um mal em si mesmas, porém sempre seriam equilibradas com os eventuais ganhos em termos de eficiência para o consumidor.

É importante avaliar os aspectos econômicos⁹ quando se fala em antitruste, afastando a análise do campo de valores.¹⁰ Ao julgar a política da concorrência como um meio o qual o bem estar dos consumidores é garantido, a Escola de Chicago faz alterações em seus critérios de análise, passando as restrições verticais serem estudadas sob a ótica da eficiência alocativa.¹¹

O surgimento do Revisionismo Pós-Chicago destaca que por vezes as restrições verticais corresponderiam a um ganho em termos de eficiência alocativa. Entretanto, muitas vezes esse ganho poderia não ser compensado pela perda ou redução de incentivo á entrada de novos participantes no mercado, a eficiência alocativa nem sempre importa em benefício para os consumidores.¹²

⁷ “The Chicago School model of antitrust policy dictates that allocative efficiency as defined by the market should be the only goal of the antitrust laws” (Herbert Hovenkamp, *Antitrust policy after Chicago*, p. 213-84).

⁸ Segundo Pedro Mercado Pacheco, a AED seria um modelo para reinterpretar a cultura jurídica por meio de uma linguagem tecnocrática, com o objetivo de reconstruir o discurso jurídico de modo a adaptá-lo às novas realidades do mercado. A grande tarefa, segundo Pacheco, é satisfazer a necessidade de se integrar a AED com a vertente redistributiva, ou seja, com o objetivo de corrigir as desigualdades econômicas (Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, p. 260 e 279).

⁹ Posner, sobre a discussão travada acerca dos debates morais e políticos da perspectiva econômica, ressalta: “the role of economics in moral and political debate is to draw attention to consequences or implications that people ignorant of economics commonly overlooked. What you do with those consequences is your business. The basic job of the economist is to remind us of the consequences, often though not always adverse or at least costly, of acts or practices that we might otherwise think clearly good or clearly bad” (Richard Posner, *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*, p. 10-11).

¹⁰ Belluzzo, ao comentar as consequências de tal concepção, faz severa crítica ao funcionamento da teoria, ressaltando que “o neoliberalismo também pode ser entendido como um projeto de retorno a uma ordem jurídica alicerçada exclusivamente em fundamentos econômicos. Para tanto, é obrigado a atropelar e estropiar, entre outras conquistas da dita civilização, as exigências de universalidade da norma jurídica. No mundo da nova concorrência e da utilização do Estado pelos poderes privados, a exceção é a regra. Tal estado de excepcionalidade corresponde à codificação da razão do mais forte, encoberta pelo véu da legalidade” (Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo, *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*, p. 138).

¹¹ Pedro Mercado Pacheco assevera que, segundo a Escola de Chicago, a única função do direito seria a de garantir o tráfico mercantil, ou seja, na presença de falhas de mercado, a função do ordenamento jurídico seria a de reduzir a existência dos óbices ao comércio e, por via reflexa, os custos de transação. Assim, mesmo quando tal objetivo se mostra impossível, deve, então, o direito atuar como um mercado simulado (Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, p. 260).

¹² Talvez a solução seria aquela reportada por Ferrarese (Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto, mercato ed efficienza*, p. 456): “Un progetto ambizioso, ma non impossibile, afferma Calabresi, sarebbe quello di

A Escola de Harvard e a Escola de Chicago foram de extrema importância para a história da defesa da concorrência. Nos dias atuais, a doutrina da Escola de Chicago prevalece, porém, nas jurisdições mais sensíveis sob o ponto de vista concorrencial, como Brasil e Europa, a escola estruturalista ainda possui certa influência.

1.2 Coase e os custos de transação

Os custos de transação são gerados quando nas atividades econômicas há trocas de bens, serviços e moedas entre os agentes econômicos.¹³ São aqueles os quais os agentes passam quando recorrem ao mercado, são custos incididos ao realizar o negócio, elaborar e certificar o cumprimento de um contrato.

Esse conceito aprimorou a visão já existente e, proporcionou maiores incentivos para adotar a posição que as restrições verticais, por aumentar a eficiência, deveriam ser consideradas como legais *per se*.¹⁴

Através dos custos de transação, Coase conseguiu demonstrar o motivo pelo qual os integrantes do mercado se estruturavam sob o formato de firmas. Para atuação no mercado, a primeira categoria de custos seria os custos de coordenação, assim denominada pela doutrina de organização industrial. É representado pelo custo associado com o estabelecimento do negócio e suas circunstâncias, a descoberta dos preços necessários para ter estabilidade em todas as transações, prazos.¹⁵

Os denominados custos de motivação são formados por aqueles relacionados à desigualdade e a ausência da informação completa, assim como o pressuposto de que uma parcela pode ter prejuízos em consequência do comportamento da outra. São os custos concernentes à pluralidade de contratos que seriam essenciais para garantir a cooperação dos fatores de produção em uma empresa.

Ao se utilizar o método de preços, Coase alega então, que dentro de uma empresa, essa pluralidade de contratos é substituída por um contrato único, no qual o fator de

ravvivare la prospettiva dell'analisi economica del diritto integrandola con la teoria dei punti di partenza, com le teorie filosofiche ed economiche della distribuzione e com lo studio 'scientifico' dei valori".

¹³ Ronald Coase, *The nature of the firm*, p. 33-55, e *The problem of social cost*, p. 95-156

¹⁴ W. Grimes, *Brand marketing, intrabrand competition and the multibrand retailer: the antitrust law of vertical restraints*, p. 83.

¹⁵ Douglass C. North, *Institutions, transaction costs, and the rise of merchant empires*, p. 24.

produção, ao invés de uma remuneração determinada, consentiria em respeitar às decisões do empreendedor.

A espécie seguinte está relacionada a maneira como se faz a utilização do sistema de preços e pode se atribuir à presença de relacionamentos específicos. Quando uma empresa necessita de um determinado produto, específico para sua linha de produção contrata uma empresa para a confecção desses produtos, firmando um contrato de fornecimento. Caso o fornecedor possuir um relacionamento comercial com diferentes empresas que também fabricam o produto, estabelece-se então uma relação de dependência da primeira empresa para com aquele fornecedor, possibilitando assim, que o fornecedor possa aumentar unilateralmente o preço, possibilitando o surgimento do problema denominado pela doutrina como *hold-up*.

Tendo-se em consideração o fato de a mesma empresa e fornecedor citados anteriormente, pode acontecer da primeira empresa não conseguir o auxílio de outros fornecedores no mercado sem que origine custos elevados, bem como de o referido fornecedor fabricar somente aquele produto específico, o que poderia impedir a comercialização dos seus produtos para outras empresas, tal problema está relacionado aos ativos específicos ao relacionamento.

Essa forma de relacionamento de longo prazo tem que ser levado em consideração no instante em que se toma a decisão sobre a utilização de preços na distribuição dos recursos.

Com a presença de todos estes problemas pertinentes, torna-se necessário a criação de um instituto denominado firma, onde as decisões de alocação são estabelecidas não pelo sistema de preço, mas pela discricionariedade do empreendedor. Em tese, a teoria demonstra que firmas existem para diminuir os custos relacionados com a alocação de fatores produtivos através de negócios de mercado.

Entende-se que mesmo com a utilização das firmas, os custos de transação absorvem uma grande parte dos recursos econômicos. Entretanto, leis bem estruturadas e objetivas auxiliam a sociedade para a redução da burocracia e a economia dos custos de transação, tornando-se mais eficiente.

O custo de transação é de extrema importância para a análise das restrições verticais,¹⁶ pois são adotadas pelos participantes com a finalidade de reduzir os custos, potencializando, assim, o lucro e gerando eficiência. A teoria econômica do direito colabora muito nesse aspecto, esclarecendo que a redução da teia contratual diminui os custos no mercado.

A empresa constitui uma entidade social decisiva para a evolução do capitalismo, pois possui elementos primordiais, como a organização administrativa, a estruturação de capital, direitos e deveres internos e externos, controlando e ordenando a produção.

Uma boa estruturação jurídica onde há possibilidade de tornar menos intenso os custos transacionais, aumentando assim o desempenho econômico próprio e do mercado e ainda, estimulando o progresso econômico e social sempre será apetecível. Assim sendo, os custos de transação são aqueles implicam o que se vale o mercado, e, como o processo de transações comerciais geram custos, a disposição natural do agente econômico é obter formas as quais se tornará possível reduzir tais custos.

1.3 As falhas de mercado

O argumento utilizado para a regulação dos mercados se ampara nas denominadas “imperfeições”, sejam elas as falhas de informações, a ausência de mobilidade dos fatores, o poder do monopólio, as questões externas e os bens comuns.

As falhas na informação quanto à característica dos produtos induzem os consumidores ao erro quando os adquire no mercado.¹⁷ Possivelmente, a informação mais relevante ocultada pelo mercado é o preço dos produtos nele negociado, pois nele inclui a expectativa dos consumidores e vendedores sobre os fatos que podem refletir sobre o custo desse produto, em certa ocasião.

Sob o ponto de vista exclusivamente econômico, a partir do momento em que o mercado e seus membros forem capazes de se informarem acerca dos produtos, qualidades

¹⁶ Coase destacava tal fato em 1937: “If one contract is made for a longer period instead of several shorter ones, then certain costs of making each contract will be avoided” (The nature of the firm, p. 39), embora não fizesse à época, a ligação direta com as restrições verticais, nem tirasse qualquer conclusão sobre competitividade do tema.

¹⁷ Sobre as desigualdades de informação e a seleção contrária como falha do mercado, ver George A. Akerlof, The market of lemons: quality uncertainty and the market mechanism, p. 488-500.

e quantidades, de forma que o preço incidisse precisamente o embate existente entre a oferta e a procura, então, assim, o mercado se tornaria eficiente.

Impõe-se a interferência do Estado, ou através de dispositivos de controle do próprio mercado, ou ainda, por meio de redução de riscos ou consentimento de incentivos para determinados campos da atividade econômica, quando o mercado fornece informações e levando em consideração a desigualdade presente entre os membros do mercado são as causas de assimetrias informacionais.

Um dos pressupostos em relação à mobilidade dos fatores é o automatismo, ou seja, a mobilidade de seus fatores de produção, que corresponde a possibilidade do mercado se reparar de acordo com os sinais, os preços, promovendo os deslocamentos fundamentais para o equilíbrio. Porém, no plano dos fatos, existe uma inflexibilidade em todos os fatores, impossibilitando essas adaptações, ainda mais em curto prazo, que seria o ideal.

As externalidades econômicas são ponderadas quando a produção ou o consumo de bens por um agente econômico gera conseqüências a outrem.¹⁸ Porém, as mesmas podem ter efeitos positivos que acabam por beneficiar a sociedade, como a imposição da educação.¹⁹

Os bens coletivos são aqueles, que têm caráter unitário, estão aptos para atender simultaneamente as necessidades de um grupo, onde o princípio da exclusão no seu ato de uso ou consumo não entra em vigor.

O princípio da racionalidade hedonista quando aplicado racionalmente pelos agentes econômicos impõe que os membros do mercado ocultem suas preferências pelos bens públicos, pois não podem excluí-los de sua utilização, se esses bens públicos podem ser fabricados facilitando o desempenho dos *free-riders* relacionados aos produtos mencionados.

Outra falha presente no mercado é a sua incapacidade de manter a atomização, uma vez que é necessário um número elevado de vendedores (empresas) e também de compradores, de forma que ambos, isoladamente, não causem grandes impactos àquele setor (em nível de oferta, preço de equilíbrio e demanda).

¹⁸ Por exemplo, devido ao fator da externalidade, a poluição gerada por uma empresa estabelece os custos da fumaça, de rios insalubres, etc., a uma parcela significativa da sociedade, estimulam a criação de leis para combater a poluição, proteção ambiental, etc.

¹⁹ Para maior compreensão das externalidades, vide Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto, mercato ed efficienza*, p. 417-457.

Quando a falha de mercado é constatada, impõe a intervenção do Estado no controle econômico para que mediante a elaboração de normas de caráter legal elimine ou amenize as referidas imperfeições.

1.4 Os Contratos

Posteriormente a teoria de Coase sobre os custos de transação foi aperfeiçoada por Williamson, que é utilizado atualmente.²⁰ Segundo Williamson, diante de circunstâncias que conduzem à incerteza, unida à racionalidade limitada e a condutas oportunistas, torna-se praticamente impossível estabelecer os preços relativos de um produto isoladamente.²¹

Os valores gastos com as negociações, estimativa de condutas, seleção de parceiros e elaboração de contratos são de extrema relevância para os custos de transação.²²

Ao se considerar o fato de que os agentes econômicos, por desempenharem suas funções em ambientes complexos e inconstantes, possuem acesso limitado à informação, ficam inaptos de prever e estabelecer previamente medidas coercitivas para os eventuais acontecimentos futuros relacionados à transação.²³

A possibilidade de surgirem divergências em razão da admissão de condutas oportunistas pode implicar em manipulação ou a omissão de informações. Para haver um ganho coletivo, impõem-se restrições quanto ao comportamento das partes, desviando-se de ações não cooperativas.

²⁰ O. Williamson, *Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction costs approach*, p. 95.

²¹ Oliver E. Williamson, *Calculativeness, trust, and economic organization*, p. 250-275.

²² Confira-se a lição de Williamson, no original: “the ex ante costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the ex post costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system” (Oliver E. Williamson, *Mechanisms of governance*, p. 379). Sobre o assunto, vide, ainda: Oliver E. Williamson, *Why law, economics, and organization*, disponível em: <[HTTP://papers.ssrn.com/paper.ta?abstract_id=255624](http://papers.ssrn.com/paper.ta?abstract_id=255624)>.

²³ De acordo com Ian R. Macneil: “The ten common contract behavioral patterns and norms are (1) role integrity (requiring consistency, involving internal conflict, and being inherently complex); (2) reciprocity (the principle of getting something back for something given); (3) implementation of planning; (4) effectuation of consent; (5) flexibility; (6) contractual solidarity; (7) the restitution, reliance, and expectation interests (the “linking norms”); (8) creation and restraint of power (the ‘power norm’); (9) propriety of means, and (10) harmonization with the social matrix, that is, with supracontract norms” (Ian Macneil, *Relational contract theory: unanswered questions a symposium in honor of Ian R. Macneil: relational contract theory: challenges and queries*). MACNEIL, Ian. *Relational contract theory: unanswered questions a symposium in honor of Ian R. Macneil: relational contract theory: challenges and queries*. Northwestern University Law Review, Spring 2000.

A restrição vertical, como modalidade de contrato, amplificaria a eficiência evitando essas situações de incertezas.²⁴ Williamson defende que, a simples promessa de conservar a relação contratual com a distribuição inicial de lucros poderia ser considerável para constituir uma solução de ajuste da transação para eventos que não estavam previstos, tornando assim qualquer conduta dos agentes econômicos plenamente confiável.

Quando há falha na coleta e distribuição de informações ou comportamentos oportunistas, tem como consequência a impossibilidade de prever conflitos posteriores.²⁵

Há, desta forma, dois tipos de custos de transação que afetam o desempenho das unidades econômicas participantes, são eles, os custos *ex ante* constituídos por valores que são submetidos nas negociações, que resguardam os contratos e fixam as contrapartida, e o principal que são os custos *ex post* de monitoramento, renegociação e adaptação dos termos contratuais às novas situações.²⁶ São essenciais na teoria dos custos de transação no tocante às restrições verticais.

Os custos *ex post* alude aos ajustes das transações a novas situações, estão presentes, nos custos em que estão mal adaptados, ou seja, provindos de transações que não são realizadas conforme planejadas e que afetam as relações entre as partes envolvidas: custos decorrentes à negociação e desempenho das transações; custos atinentes à manutenção e montagem das estruturas de gestão e custos concernentes ao comprometimento e proteção contra as intenções oportunistas.²⁷

Os custos *ex ante* se referem a situações as quais torna-se difícil estabelecer as pré-condições para que haja uma transação conforme planejada. O problema está na definição do objeto da própria transação, que provoca longas negociações para que haja garantia de qualidade e se tenha as características impostas ao bem ou serviço

²⁴ Segundo Van den Bergh, por meio das concentrações verticais, os custos resultam mais baixos do que em situações de independência entre as partes (VAN DEN BERGH, Roger. *Introduzione – L'analisi economica del diritto della concorrenza. Diritto antitrust italiano*. Bologna: Zanichelli, 1993).

²⁵ Segundo elucida Paulo Furquim de Azevedo, “para que os deveres acordados no contrato, assim com a transferência de direitos de propriedade, resultem efetivamente em mudança de comportamento, é necessário que haja informações confiáveis sobre esse comportamento. Os mecanismos de incentivo a uma ação ou controle (restrição a outro conjunto de ações) necessitam, para o seu funcionamento, da capacidade de discriminar ações desejáveis das indesejáveis. Entretanto, se o comportamento não é direta ou indiretamente observado, não há como discriminar ações e, portanto, o contrato perde a capacidade de orientar um padrão mutuamente desejado de comportamento” AZEVEDO, Paulo Furquim. *Contratos – uma perspectiva econômica*, Parte II do artigo Economia dos contratos, in *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações, et alii*, organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn Rio de Janeiro, 2005, 2ª reimpressão, pp. 132-133

²⁶ WILLIAMSON, O. E. e WINTER, S. 1985, p. 388, *The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development*. Oxford: Oxford University Press,

²⁷ WILLIAMSON, p. 21.

transacionado ou ainda, para impedir o surgimento de problemas decorrentes de pagamentos em dinheiro.

Nesse sentido, as transações intermediadas pelo mercado podem ser submetidas em custos insignificantes, impedindo a elaboração de contratos completos. Se a especificidade dos ativos for menor, conseqüentemente menor a incerteza, a frequência das transações e os custos relacionados à utilização do mercado como meio pelo qual se organiza e coordena as atividades mercantis entre os agentes econômicos. Nota-se a presença dos ativos específicos sempre que uma parte dependa de suas contrapartes em relação à obtenção dos lucros que foram projetados no ato em que o investimento foi realizado.

Existem fatores que podem determinar o surgimento de ativos específicos, como a aquisição de equipamentos destinados a oferta e consumo de bens ou serviços transacionados, ou seja, unidades especializadas que possuem capital fixo que atendem a pedidos particulares da outra parte; a ampliação da capacidade produtiva voltada exclusivamente para atender à demanda de um conjunto de transações; exigência de uma proximidade geográfica entre as partes negociantes, acordados as despesas da transferência de unidades produtivas no caso de ocorrer a troca de demandante ou ofertante; formas diferentes de instruções, que fazem com que ambos contratantes sirvam com maior eficiência.²⁸

A teoria dos custos de transação demonstra que os atos de restrição vertical são práticas contratuais que provocam a busca de eficiência, ou seja, a redução dos custos de transação. Deve considerar os eventuais efeitos anticoncorrenciais derivados desta prática.

A restrição vertical poderia ser aplicada como um instrumento de redução diante do problema causado pela teoria dos custos de transação seja pela incerteza causada por comportamentos oportunistas (teoria dos comportamentos estratégicos – OI) ou pela racionalidade limitada (teoria da racionalidade limitada – ECT).

A racionalidade do negócio estaria então ao alcance dos privilégios concedidos em termos de custos de transação e da análise do *trade-off* demonstrado pelo comparativo com possíveis perdas concorrenciais.

²⁸ WILLIAMSON, O. E. The Economic Institutions of Capitalism . New York: The Free Press. 1985, p. 95-96

1.5 Tipos de Restrição Vertical

Infundados são os procedimentos que geram infrações à ordem econômica, que podem causar danos à sociedade e também ao mercado econômico, a partir disso surge então a necessidade de ter uma legislação específica abordando o tema no mundo todo. Conforme descrito no artigo 36, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. (...)”

Existem variados agentes competindo entre si em um mercado econômico. Tal competição pode ser abordada de duas maneiras, horizontal, que pode ser definida quando sujeitos que atuam no mesmo mercado e compete entre marcas, havendo então uma relação entre concorrentes; e a vertical, ou intremarcas, quando agentes econômicos que se

relacionam entre si dentro de uma mesma cadeia produtiva, porém, em posições diferentes, então os agentes não são concorrentes entre si e pertencem a mercados diferentes.

As restrições verticais estão entre as condutas passíveis de causar infração à ordem econômica, na medida em que podem restringir a concorrência. São diversas tais condutas possíveis, cujas principais foram estudadas a seguir.

1.5.1 Acordos de exclusividade

Contratos de exclusividade são assinados por produtores e distribuidores, que podem limitar os direitos apenas dos distribuidores, ou de ambos.²⁹ A exclusividade pode se dar por diferentes meios:³⁰ os contratos de exclusividade, a incompatibilidade técnica, a restrição voluntária de capacidade e a recusa à negociação.

Nos contratos de exclusividade o distribuidor concorda em não participar de outro negócio que venha competir diretamente com as atividades do produtor. Há situações em que a oferta de determinado produto está condicionada à aquisição total ou parcial de uma quantidade estipulada pelo produtor. Essa forma de restrição é obtida por contratos entre as partes.

Quando ocorre a incompatibilidade técnica com os produtos dos fornecedores concorrentes, os compradores ficam sem opção de fornecimento, mesmo que não tenham realizado um acordo formal de exclusividade.

A exclusividade no atendimento de alguns clientes pode ser feita através de restrição voluntária da capacidade de produção. A indivisibilidade dos investimentos, conforme ocasionam o desenvolvimento descontínuo da capacidade, possui também a possibilidade de estabelecer limites quanto ao número de clientes atendidos.

O distribuidor e fornecedor de certo bem ou serviço se recusa a comprá-lo ou vendê-lo para uma empresa diferente em condições consideradas normais no mercado.³¹

Acordos de exclusividade são feitos entre agentes econômicos de diferentes mercados, determinam exclusividade em um segmento específico da relação comercial.

²⁹ REY, P., VERGÉ, T. The economics of Vertical Restraints. Paper preparado para a conferência 'Advances of the Economics of Competition Law' em Roma. Junho, 2005.

³⁰ MATSUMURA, E., MELLO, M. Guia de análise de práticas anticompetitivas: restrições verticais. Relatório Final no Âmbito do Projeto 'Estudos em Métodos Quantitativos Aplicados à Defesa da Concorrência e à Regulação Econômica'. SDE, IPEA, ANPEC, Brasília, 2005.

³¹ PONDÉ, J. L., FAGUNDES, J., POSSAS, M. L. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. Anais do XXIX Encontro Nacional de Economia. Salvador, ANPEC, dezembro, 2001.

Podem causar prejuízos conforme vão impedindo que concorrentes entrem no mercado e ainda, acelerar a saída de outros, prejudicando assim a concorrência e propiciando o aumento do poder de mercado apenas para um das partes envolvidas. Por outro lado, podem também gerar eficiências compensadoras ao promoverem uma distribuição mais efetiva, aumentarem a fidelidade e minimizarem o *free riding*, garantirem aos clientes e fornecedores uma fonte confiável de abastecimento com uma melhor qualidade de produtos.³²

1.5.1.1 Possíveis efeitos anticoncorrenciais

A maior apreensão anticoncorrencial abordada pelos acordos de exclusividade é que esses acordos podem fechar os mercados concorrentes a ponto de prejudicar a concorrência. Esse fechamento pode impedir ou acelerar a saída de rivais do mercado, e assim aumentando o poder de mercado da empresa excludente.

As cláusulas contratuais e o aumento dos custos dos rivais, mesmo que indiretamente, ocasionam o aumento unilateral do poder de mercado da empresa que estabelece os acordos de exclusividade, dificultando assim à entrada no segmento da distribuição. Tal circunstância ocorre por meio dos contratos de distribuição exclusiva, no momento em que são determinados, onde os revendedores só poderão contrair produtos junto a um fabricante já determinado, excluindo assim os demais fabricantes concorrentes, já existentes ou potenciais, da demanda representada através dos revendedores participantes dos contratos, durante a duração destes.

Desenvolvido no período pós-Chicago por Krattenmaker e Salop,³³ a teoria do “Aumento dos custos dos Rivais” sustenta que através dos acordos de exclusividade o poder de mercado de um fabricante pode aumentar mediante o aumento dos custos dos rivais. Por meio do fechamento ou a restrição do mercado, bloqueando a entrada de novos concorrentes e limitando a capacidade de estabelecer um confronto dos competidores à firma dominante, tais acordos geram um aumento do preço dos produtos e a redução na quantidade ofertada, provocando prejuízos ao consumidor.

³² Jonathan M. Jacobson, “Exclusive dealing, ‘foreclosure’, and a consumer harm”, 70 *Antitrust Law Journal* 311 (2002), em 321.

³³ *The Yale Law Journal*, volume 96, number 2, december 1986. Article: Anticompetitive Exclusion: Raising Rival’s Costs to Achieve Power over Price. Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop.

Grande parte das indústrias está submetida a economias de escala, isto é, as empresas podem diminuir seus custos por meio de sua expansão até atingirem um nível de produção que reduza seus custos, denominados de escala eficiente mínima.³⁴ Caso o encerramento do mercado impedir que um número competitivo de rivais mantenha essa escala ou expanda suas operações para alcançá-las, então isso prejudica sua eficiência.

Os acordos de exclusividade podem fazer com que os custos enfrentados pelos concorrentes aumentem por causa da necessidade de procura de novos fornecedores ou devido à necessidade de negociar com os fornecedores menos eficientes.

Entretanto, os efeitos da elevação dos preços das despesas dos rivais não são necessariamente anticompetitivos, pelo contrário, podem ser neutros ou até mesmo trazer benefícios para competição, conforme afirma Jacobson³⁵ “[...] analisado isoladamente, um aumento nos custos dos rivais não é evidência de prejuízo ao consumidor.”

O fechamento do mercado pode também impedir os rivais de economias de escopo (quando se torna mais barato produzir dois produtos juntamente do que produzi-los separadamente na mesma produção) se, sem o fechamento, o crescimento de rivais lhes consentissem proporcionar uma diversidade de produtos que poderiam ser mais eficientemente produzidos ou vendidos junto do que separadamente. A maioria das indústrias é caracterizada por aprendizado, de modo que o fechamento considerável do mercado pode prejudicar a eficiência dos rivais através da desaceleração de sua expansão, ainda que esse fechamento não impeça a expansão por inteiro.

Caso a eficiência dos rivais for prejudicada por meio de qualquer uma das maneiras acima, então estes irão necessitar cobrir seus novos aumentos de custos cobrando preços mais altos do que o fariam normalmente. Em casos extremos, tais preços mais elevados serão insustentáveis e, então a entrada do concorrente será vetada e os concorrentes existentes serão excluídos.

Mesmo que o fechamento do mercado diminua a eficiência dos rivais sem, contudo, excluí-los por completo, irá reduzir as alternativas de mercado que está a disposição dos consumidores, constituindo assim um impedimento menor ao poder de mercado da empresa dominante do que em uma situação mais equilibrada, o que poderá

³⁴ Ver Elhauge and Geradin, nota 3, em 516

³⁵ Jacobson, Jonathan M. Exclusive Dealing, “Foreclosure”, and Consumer Harm. *Antitrust Law Journal*. V.70, n.2, p. 311-369, 2002

haver um aumento ou manter esse poder de mercado ainda que não venha a impedir por inteiro a entrada dos concorrentes ou os exclua do mercado.

Ao reduzir a opção de escolha do consumidor, os acordos de distribuição exclusiva podem ser considerados como efeito negativo.³⁶ Essa opção é mais valorizada dependendo do contexto em que se encontra. Existem produtos que possuem um grande diferencial em relação aos demais, pelo seu conteúdo, qualidade, características ou preço, a quantidade de variedade dos produtos disponíveis para a escolha dos consumidores tem uma importância fundamental, nas *commodities* tal variedade pode ser insignificante.³⁷

1.5.1.2 Possíveis eficiências compensadoras

Ainda que os acordos de exclusividade possam gerar efeitos anticompetitivos, os mesmos apresentam muitas eficiências compensatórias.

As obrigações dos acordos de exclusividade são usadas em sua maioria para a redução da incerteza sobre se as vendas futuras irão ocorrer conforme o estipulado em contrato. Tais obrigações podem dar aos fornecedores os compromissos contratuais de que necessitam para investir em programas de capital intensivo. Da mesma maneira, os acordos de exclusividade podem dar coragem para o fornecedor realizar um investimento relacionado específico. Na ausência do compromisso, o provedor correria o risco de permanecer com ativos improdutivos que, como estão dependentes de uma relação específica, não podem ser deslocados para abastecer outros compradores.

Tais acordos são considerados uma importante medida para prevenção do *free riding*, sempre que um investimento específico em serviços e reputação for necessário.³⁸ Os contratos de exclusividade ajudam a impedir a apropriação, por terceiros, de parte dos

³⁶ Kay, J. A. Vertical Restraints – Vertical Restraints in European Competition Policy. *European Economic Review*. V. 34, p. 288, 1990. Conforme Kay, havendo apenas uma marca de cerveja disponível no bar, aumentariam tanto “[...] os custos relacionados à troca de uma marca pela outra, quanto aqueles relacionados à obtenção de informações relativas aos preços das diferentes marcas.”

³⁷ Para definir em que medida a redução da opção de produtos ofertados causa prejuízo ao consumidor, Jacobson (2002, p. 357) diz que: “[...] Uma forma de avaliar a questão é focalizar os princípios horizontal merger Law.] O mesmo estabelece uma relação apontando que, em um mercado bem definido e com barreiras significativas à entrada, se uma fusão horizontal diminui o número de concorrentes de três para dois, o efeito terá mais danos do que a redução de dez para nove concorrentes.

³⁸ Jonathan M. Jacobson, “Exclusive dealing, ‘foreclosure’, and consumer harm”, 70 *Antitrust Law Journal* 311 (2002), em 321; “Acordos de exclusividade geralmente promovem uma distribuição mais efetiva, aumentando a dedicação e a fidelidade; podendo minimizar o parasitismo, melhorar a qualidade de produto e garantir aos clientes e fornecedores uma fonte confiável de fornecimento”.

produtos que foram gerados pelo esforço de venda de fabricantes em distribuidores, ao impossibilitarem a comercialização dos produtos rivais pelos seus distribuidores o fabricante cria “direito de propriedades”.

Ao excluir o *free-riding*, consentindo que o agente econômico que efetua o gasto de provisão do ativo tome posse de seus benefícios totais, origina o aumento da oferta e do consumo de bens, provocando um acréscimo do bem-estar associado. Podem garantir o estímulo ao esforço de vendas do distribuidor dos produtos comercializados, pois quando limitados a um fornecedor específico, os revendedores não podem ser apáticos a qual marca os consumidores adquirem.

A relação entre fabricante e distribuidor pode ser comparada a uma relação agente-principal, ou seja, o principal contrata o agente para realizar alguma atividade, porém não tem o domínio total sobre como tal atividade será desempenhada. Então, o fabricante contrata com os distribuidores a venda dos seus produtos. Mas, o fabricante não consegue monitorar os esforços de vendas dos produtos por parte dos distribuidores e averiguar se os mesmos estão tentando obter alguma vantagem.³⁹

Os fabricantes apreensivos com comportamentos oportunistas dos revendedores que fazem negócios com produtos de rivais devem adotar medidas preventivas, pois seria menos dispendioso monitorar e também constatar violações de um acordo quando a exclusividade é exigida.⁴⁰

Os acordos de distribuição exclusiva podem evitar o mau uso das informações concedidas pelos distribuidores na negociação de marcas concorrentes, como por exemplo, informações confidenciais, estratégicas, como planejamento de programas promocionais, informações instrutivas, como treinamentos utilizados e resultados das pesquisas realizadas com os consumidores. Quando os distribuidores se apropriam indevidamente das informações confidenciais do fornecedor em prol de outras marcas é uma variação de *free-riding* intermarcas.⁴¹

Os custos reduzidos que são proporcionados através da especialização dos recursos da produção, a facilidade de um planejamento confiável e a estabilidade dos níveis de produção, são circunstâncias econômicas que tornam desejáveis os

³⁹ Carlton, Dennis W.; Perloff, Jeffrey M. *Modern Industrial Organization*. 3rd ed. New York: Addison Wesley Longman, 2000. p.397.

⁴⁰ Frasco, Gregg. *Exclusive Dealing: a comprehensive case study*. Maryland: University Press of America, 1991, p.9.

⁴¹ Steuer, Richard M. *Exclusive Dealing in Distribution*. *Cornell Law Review*. V. 69, 1983, p. 131.

estabelecimentos de enormes contratos de fornecimento, que são definidos pelo fato de envolver uma grande quantidade de um determinado bem, e por na maioria das vezes serem contratos que possuem uma longa duração.

Se por razões de incertezas envolvendo a demanda e o fornecimento, as quantidades a serem comercializadas se tornarem muito custosas, os contratos de exclusividade podem auxiliar na redução da parcela dessa incerteza no tocante à porção do fornecimento (da demanda total que será alocada) para um determinado comprador e/ou fornecedor.

A adoção de acordos de exclusividade nas vendas ajuda na redução dos custos concernentes à administração da diversidade de produtos recebidos de fabricantes diferentes, além de evitar os custos de negociação que ocorreriam com fornecedores adicionais e, também, o estoque dos produtos que saíram de linha.⁴²

1.5.2 Descontos Condicionados

Os descontos condicionados tratam-se de incentivos concedidos pelo fornecedor para seus clientes ou distribuidores, desde que suas compras ou vendas atinjam ou excedam limiares formulados em termos de metas de volume, porcentagens dos pedidos totais ou aumento das compras.⁴³

Ahlborn e Bailey (2004) classificam os descontos condicionados em diferentes categorias como:

- O tipo de limiares que são definidos em termos de metas de volume (descontos quantitativos) ou porcentagem dos pedidos totais (descontos de participação de mercado) ou aumento das compras (descontos de crescimento). Se a porcentagem exigida for 100%, tem-se descontos exclusivos.

- O escopo da aplicação será aplicável às unidades adicionais acima do limiar estabelecido (descontos incrementais) ou retroativos, ou seja, destinam-se tanto às unidades acima como abaixo do limiar estipulado (descontos retroativos ou reversivos).

⁴² Segundo Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993. p. 307. “[...] não desejamos uma variedade que custe mais do que o necessário.”

⁴³ Essa definição é de Gianluca Faella, “The antitrust assessment of conditional discounts and rebates”, 4 *Journal of Competition Law and Economics* 375 (2008), em 376. Ver definição dada pela Comissão em seu Guia de Análise, nota 7 acima, no parágrafo 13 (“Descontos condicionados são descontos concedidos aos clientes para premiá-los por uma forma específica de comportamento de compra”).

- Os produtos ou grupos de produtos a que se aplicam, se forem aplicáveis a uma categoria de produtos (descontos para produtos unitários) ou para várias categorias de produtos (descontos para pacotes).⁴⁴

1.5.2.1 Possíveis efeitos anticoncorrenciais

A preocupação com efeitos anticompetitivos em relação aos descontos condicionados é semelhante àquela gerada pelos acordos de exclusividade, tais descontos são, porém, uma forma menos absoluta que os de exclusividade, pois permitem aos compradores a opção entre cumprir com a condição referente ao desconto ou não cumprir.

Então essa preocupação é a exclusão dos concorrentes do mercado devido aos descontos condicionados, que acontece quando amarram uma participação suficientemente grande no mercado. Sendo esses descontos utilizados pelas empresas dominantes para o impedimento da entrada ou a expansão de seus rivais, ou para forçá-los a deixar o mercado quando não conseguem igualar os descontos das empresas dominantes com manutenção de rentabilidade.

Ainda que o acordo de exclusividade seja feito mediante uma forma indireta, ainda assim podem ser considerados anticompetitivos. O cliente ou distribuidor se mantém exclusivo, conforme consiga obter vantagem com isso.

1.5.2.2 Possíveis eficiências compensadoras

Os descontos condicionados podem permitir a fornecedores e clientes obter eficiências diversificadas, que explicam por que podem ser utilizados tanto por empresas dominantes como não dominantes. Tais eficiências incluem:

Redução de preços. O maior efeito dos descontos é a redução de preços das empresas que oferecem o desconto para benefício direto de seus clientes, o que pode incentivar corte de preços por outros concorrentes que, por sua vez, permitem que empresas no mercado reduzam seus preços para seus próprios clientes.

Economias de escopo e redução dos custos das transações. Os descontos para variados produtos podem fazer com que os negócios alcancem economias de escopo e

⁴⁴ Christian Ahlborn and David Bailey, “Discounts and selective pricing by dominant firms: a trans-atlantic comparison”, 2 European Competition Journal (2006) 101, 1004.

diminuam os custos de transação, tendo em vista que os compradores poderão obter suas necessidades de diferentes produtos que provém de um único fornecedor.⁴⁵

Economias de escala e recuperação mais rápidas dos custos fixos. Nas indústrias com custos fixos, como as indústrias de tecnologia, ou as grandes prestadoras de serviços de utilidade pública, como indústrias de energia, os descontos permitem aos fornecedores aumentar a produção e assim recuperando seus custos fixos mais rapidamente, uma vez que irá conseguir obter economias de escala diluindo seus custos fixos nos volumes maiores, o que resulta em uma média mais baixa dos custos totais e dos preços para os consumidores.⁴⁶

Evita a dupla marginalização. Os descontos ajudam a prevenir a dupla marginalização. Na hipótese de o cliente da empresa dominante também possuir poder de mercado significativo, há o risco de, na ausência dos descontos, o preço ser maior do que o preço que prevalece, caso estivesse operando no mercado um monopolista integrado verticalmente.⁴⁷

Serviços suplementares. Os clientes podem ser beneficiados através dos descontos, pois teriam, assim, o incentivo para o fornecimento de serviços suplementares, alinhando então, os incentivos dos clientes com os do fornecedor.

Previne situações de impasse (*hold up*). Em alguns casos, o sistema de desconto pode ser necessário para que o fornecedor dominante tenha um incentivo para realizar investimentos dependentes de um relacionamento específico para um cliente.⁴⁸ Normalmente ocorre quando o fornecimento para um cliente estipula que o fornecedor invista em novas produções. Os descontos condicionados podem ser a forma mais eficiente de dar esse tipo de garantia necessária para que o fornecedor faça tais investimentos.

⁴⁵ Estados Unidos, Mesa redonda sobre descontos para pacotes e descontos condicionados; DAF/COMP/WP3/WD(2008) 47, no parágrafo 8.

⁴⁶ Derek Ridyard, “Exclusionary pricing and price discrimination abuses under article 82- An economic analysis”, (2002) 6 European Competition Law Review, 286.

⁴⁷ Simon Bishop, “Delivering benefits to consumers or per se illegal? Assessing the competitive effects of conditional rebates” in The pros and cons of price discrimination, Swedish Competition Authority, 2005, 73. Ver Kolay, S. , G. Shaffer, e J. Ordovery. 2004. “All units discounts in retail contracts”. Journal of Economics e Management Strategy, vol. 13 (3), p. 429-459.

⁴⁸ Comissão Europeia, Mesa redonda sobre descontos para pacotes e descontos condicionados; DAF/COMP/WP3/WD, 2008, p. 48, no parágrafo 26.

1.5.3 Vendas casadas

A venda casada é uma prática comum utilizada tanto por empresas dominantes como não dominantes com o intuito de oferecer produtos e serviços mais baratos, convenientes e melhores. A integração dos produtos tornou-se uma estratégia de negócio indispensável em muitas indústrias, pois os fabricantes tentam fazer com que suas vendas cresçam aumentando a proposta de valor oferecida aos seus clientes junto com a combinação de diferentes funcionalidades.

A venda casada está presente no artigo 21, inciso XXIII, da Lei nº 8.884/94:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

O Tratado de Lisboa condena tal prática no artigo 101, nº 1, alínea “e” da seguinte forma:⁴⁹

Art. 101, nº 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibido todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno,

⁴⁹ Daniel Firmato de Almeida Glória comentou o assunto: É proibido subordinar a venda de determinada mercadoria ou serviço à compra de determinada mercadoria ou serviço que não seja necessário ao comprador. É proibida a prática pela qual o fabricante A só vende o produto X se o comprador comprar Y ou Z que nada tem a ver com o objeto do contrato. A subordinação é lícita se os serviços ou produtos acessórios forem tecnicamente indispensáveis para o funcionamento do produto principal (business justification defense). GLÓRIA. Venda casada de produtos e serviços no sistema financeiro, p. 99.

designadamente as que consistam em: (...) e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

A teoria da alavancagem (*leverage theory*) é utilizada na venda casada, se um agente econômico tem posição dominante em um mercado relevante do produto principal, através da prática da venda casada, auxiliará a conquistar a mesma posição no mercado do produto imposto.⁵⁰

Há muitas divergências entre os doutrinadores do Direito do Consumidor e da Concorrência sobre a venda casada. Conforme Calixto Salomão, a venda casada não deveria estar presente no Código de Defesa do Consumidor, mas apenas, na Lei concorrencial brasileira.⁵¹ Já para Arthur Badin, com uma opinião diferente, defende que a finalidade da venda casada está corretamente inserida no Código de Defesa do Consumidor. Contudo, para que haja a prática de venda casada, devem conter três requisitos fundamentais: (i) existência de cláusulas contratuais ou condições de oferta que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços; (ii) existência de poder de mercado no produto vinculante; e (iii) ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática.^{52 53}

1.5.3.1 Possíveis efeitos anticoncorrenciais

A grande parte dos casos relacionados à venda casada é pró-competitiva, porém também pode ser utilizada como uma estratégia excludente podendo gerar o fechamento de

⁵⁰ FORGIONI. Os fundamentos do antitruste, p. 374

⁵¹ SALOMÃO FILHO. Direito concorrencial – as condutas, p. 91

⁵² BADIN. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor, p. 51-86.

⁵³ Ver também MARTINS; ANDRADE; SANTOS. Venda casada no direito da concorrência, p. 290. O mais importante é ressaltar as relações existentes entre o tratamento da venda casada pelo direito da concorrência e pelo direito do consumidor. Enquanto o CDC não menciona a apuração de ganho de eficiência como forma de elidir a lesividade da venda casada, no direito da concorrência, apesar da previsão legal de vedação da prática de venda casada (Lei 8.884/94, artigo 21, inciso XXIII), existe a Resolução 20/99, descrevendo a conduta, inclusive indicando a possibilidade de ganho de eficiência. Em todo caso, não há motivos para condenar uma empresa, especialmente aquelas que não detém poder de mercado, pela prática da venda casada, uma vez que não há violação à liberdade de escolha entre produtos por parte do consumidor

mercado e impedindo a competitividade. Isso ocorre quando uma empresa dominante de um produto principal (*tying product*) procura estender seu poder para o mercado do produto acessório (*tied product*), sugerindo assim um monopólio de vendas, fazendo a venda casada de dois produtos em conjunto (alavancagem monopolista).⁵⁴

No início do século XX, os economistas perceberam que ao incluir um segundo produto na compra do produto monopolista o fornecedor passaria então a lucrar com os dois produtos monopólios, ao invés de apenas um. Então a venda casada, sob esse ponto de vista, era tida como anticoncorrencial e excludente, pois o único objetivo da empresa dominante era obter o lucro e ampliar monopólio nos mercados vinculados próximos, dessa forma foi considerada ilegal *per se*. A Suprema Corte dos Estados Unidos foi influenciada por este posicionamento, no tocante à abordagem jurídica das restrições verticais, alegando em suas decisões que “a venda casada praticamente não tem nenhum outro objetivo que não a supressão da concorrência”.⁵⁵

Como era necessário comprar o produto monopolista da empresa dominante, se a mesma casar a venda do produto vinculado com seu produto monopolista, ou seja, os clientes só podem comprar o produto monopolista disponibilizado se também efetuarem a compra do produto vinculado, então os clientes normalmente optará pela compra conjunta, o que irá fechar a concorrência do mercado do produto vinculado, que de outra forma seria competitivo.

Podem existir outras circunstâncias em que a venda casada pode não estabelecer uma relação com a alavancagem da posição dominante do mercado do produto monopolista quanto ao impedimento da entrada de um produtor de um produto vinculado no mercado do produto principal, mas sim com a proteção da posição dominante no mercado do produto monopolista.⁵⁶

Quando a empresa dominante do produto principal percebe que os produtores do produto vinculado poderão evoluir no futuro para o mercado do produto monopolista, por causa do seu sucesso, tem incentivo para o encerramento do mercado desse produto vinculado para evitar a redução e o desgaste em seu mercado principal no longo prazo.⁵⁷

⁵⁴ Einer Elhauge and Damien Geradin, 3, p. 495 e ss.

⁵⁵ Standard Oil Co. of Cal. Vs United States (Standard Stations), 337 U.S. 293, 305-06 (1949).

⁵⁶ Ver R. Cooper Feldman, “Defensive leveraging strategy in antitrust”, (1999), 87 Georgetown Law Journal, 2079.

⁵⁷ Ver Timothy Bresnahan, Network Effects and Microsoft, SIEPR Discussion Paper n. 00-51, ago. 2001. Disponível em: [www-siepr.stanford.edu/papers/pdf/00-51.pdf]. Exemplo no caso da Microsoft norte-

1.5.3.2 Possíveis eficiências compensadoras

Na década de 1950, Robert Bork e Richard Posner economistas da Universidade de Chicago contestaram a lógica de que a venda casada era ilegal *per se*, alegando que ao extrair o faturamento monopolístico de um mercado específico, a empresa dominante não iria adquirir lucros monopolistas por meio do mercado vinculado relacionado.⁵⁸

Um exemplo clássico era o fornecedor monopolista, cujos produtos eram as porcas, que tentam fazer a venda casada destas com parafusos. Foi demonstrado pelos economistas da Escola de Chicago que se ao acaso a empresa que possuía a exclusividade das porcas já dispunha de uma política de preços monopolistas para este, então não iria conseguir mais lucros efetuando a venda casada das porcas com os parafusos. Sendo assim, se houver um lucro monopolista que venha a ser obtido por meio de um pacote que inclui produtos vinculados, a empresa dominante não possui incentivo anticompetitivo para fazer a venda casada de produtos vinculados.⁵⁹

Conforme a teoria do lucro monopolista único, os economistas da Escola de Chicago demonstraram que, as empresas dominantes podem até ser instigadas a estimular a concorrência em mercados vinculados a seu mercado monopolista. Logo, seja qual for a venda casada praticada por uma empresa dominante a mesma necessita ser motivada por razões de eficiência, pois normalmente há bons motivos para a empresa dominante querer vender seus produtos em conjunto.⁶⁰ Desta maneira, a análise feita pela Escola de Chicago defende que a venda casada deveria ser tratada conforme a norma da legalidade *per se*.

americana, o Departamento de Justiça (DoJ) argumentou que, ao juntar o Windows com o Internet Explorer, a Microsoft não tinha por objetivo obter lucro no mercado dos navegadores da Internet, mas sim proteger sua posição dominante no mercado de sistemas operacionais da ameaça que poderia advir de um concorrente significativo no mercado de navegadores, o qual poderia, eventualmente, transformar o navegador em um sistema operacional alternativo.

⁵⁸ Robert Bork, “Vertical integration and the Sherman act: the legal history of an economic misconception,” (1954) 22 The University of Chicago Law Review, 157, 196; Robert Bork, The antitrust paradox, The Free Press: New York, (1978) p. 372-375, 380-381; Richard Posner, “The Chicago School of antitrust analysis,” (1979) 127 University of Pennsylvania Law Review, 925; Richard Posner, Antitrust law: an economic perspective, University of Chicago Press, (2001), p. 198-199. Tais autores basearam-se em modelos teóricos que forneciam uma estrutura para raciocinar sobre incentivos e comportamentos das empresas.

⁵⁹ Elhauge and Geradin, p. 562.

⁶⁰ David S. Evans e Michael Salinger, Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law, (2002) 22 Yale Journal on Regulation 37. Para a discussão das justificativas pró-competitivas da eficiência das vendas casadas.

Em algumas circunstâncias as vendas casadas podem gerar economias nos custos de produção.⁶¹ Conforme Evans e Salinger apresentaram os custos combinados da produção de comprimidos desenvolvidos separadamente eram maiores do que os custos da produção de comprimidos que tinham tanto um analgésico quanto um descongestionante.⁶²

As vendas casadas e os pacotes podem ser fontes de eficiência ao constituir um aumento do valor do produto para os clientes, pois dois produtos possuem um valor maior que um; ou seja, os compradores podem estar inclinados a oferecer um preço prêmio para os produtos que apresentam a conveniência de integrar características complementares.

Os vendedores do produto principal em certas situações podem exigir que os compradores usem seus produtos vinculados, com a justificativa de que, se, utilizarem um produto substituto inferior fará com que o produto principal não tenha um desempenho esperado, prejudicando, assim, a reputação da marca.⁶³

⁶¹ Ver Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, em 481.

⁶² Michael Salinger e David Evans, *Curing sinus headaches and tying Law, An empirical analysis of bundling descongestants and pail relievers*, Cesifo Working Paper n. 1519, ago. 2005. Disponível em: [www.econstor.eu/bitstream/10419/18983/1/cesifo1_wp1519.pdf].

⁶³ Elhauge e Geradin, nota 3 acima, em 570.

Capítulo 2

2 Efeitos anticoncorrenciais e eficiências da restrição vertical

Há divergências na doutrina sobre as consequências das restrições verticais em relação ao bem estar social. Uma defende que essas restrições somente prejudicam a concorrência quando existe poder de mercado por parte dos fabricantes que as inserem, fazendo com que valorize as eficiências a elas associadas.⁶⁴ Já o segundo pensamento afirma que as restrições verticais provocam um efeito anticompetitivo mais abrangente, devendo as autoridades antitrustes ter maiores observância sobre elas.⁶⁵

Em circunstâncias nas quais, a oferta do bem ou serviço é realizado por meio de fases contínuas na cadeia produtiva, a organização das relações entre essas fases possui importância, vez que as decisões desta estrutura vertical, que são geridas vezes pelo produtor outras pelo distribuidor, são responsáveis pelas características e qualidade dos produtos postos em oferta, bem como seus custos, preços e locais a serem comercializados, tais decisões estabelecem a eficiência econômica na qual o produto ou serviço é ofertado.⁶⁶

Através da estrutura vertical podem-se obter variáveis como preços de atacado, varejo, taxas de *franchising*, quantidades adquiridas pelos distribuidores, quantidades vendidas aos consumidores, os esforços de promoção e venda dos produtos, localidade dos distribuidores, dentre outros.⁶⁷ Essas variáveis são denominadas de “instrumentos”, porém algumas afetam somente a distribuição dos lucros entre produtor e fornecedor, já outras podem afetar diretamente os ganhos agregados da estrutura vertical.⁶⁸

Os efeitos econômicos podem ser classificados em duas categorias, que são os efeitos na coordenação vertical e a competição do mercado. O primeiro refere-se às soluções resultadas dos acordos verticais que permitem resultados positivos para os produtores e distribuidores. A competição do mercado está relacionada às alterações nos níveis de concorrência mostradas no mercado prejudicado pelas restrições verticais.

⁶⁴ Bork, Robert (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York; Posner, R (1976), *Antitrust Law – An Economic Perspective*, Chicago.

⁶⁵ Scherer e Ross (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd edition, Boston.

⁶⁶ OECD, Joint Group on Trade and Competition. *Competition and Trade Effects of Vertical Restraints* [COM/DAFFE/CLP/TD(99)54]. 1999

⁶⁷ REY, P. *The economics of Vertical Restraints*, disponível na Internet pelo endereço http://esnie.u-paris10.fr/pdf/textes_2004/re_y_vertical-res.pdf. 2003

⁶⁸ Tirole define lucro agregado como a soma dos excedentes do produtor e do revendedor. TIROLE, Jean. *The theory of Industrial Organization*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1988.

Os efeitos anticoncorrenciais poderiam ser resultado das oportunidades estabelecidas pelas restrições verticais para a prática de comportamentos oportunistas e ao encerramento de mercado. Desse modo, os efeitos decorrentes de acordos verticais irão depender da situação específica em que a restrição é imposta, principalmente do nível de concorrência apresentado pelo produtor e distribuidor.

No contexto de contratos de exclusividade, estudiosos⁶⁹ apresentam modelos nos quais são descritos os estímulos para um fabricante executar práticas verticais de exclusividade tendenciosas ao fechamento de mercado ou para o aumento de barreiras que impedem a entrada de seus rivais no mercado. A premissa do pensamento é o fato de que uma firma pode ter vantagem com os contratos de exclusividade que proporcionam seus concorrentes a recorrer a distribuidores menos eficientes (com maiores custos) ou, em eventualidades, que promovem a eliminação da rivalidade decorrente do fechamento de mercado.

Outra corrente doutrinária⁷⁰ apresenta os modelos nos quais os contratos de exclusividade proporcionam incentivos de modo que as empresas façam maiores investimentos em seus distribuidores, reduzindo assim os custos de distribuição, ao excluir externalidades negativas associadas à divisão de distribuidores por diversos fabricantes. Argumentam que os distribuidores exclusivos possuem um maior incentivo para que o serviço prestado seja com uma qualidade superior.⁷¹

Surgem problemas de coordenação, *free riding* ou externalidades conforme os produtores e distribuidores tomam suas decisões em relação aos lucros conjuntos da cadeia vertical da qual participam.

⁶⁹ Ver Salop e Scheffman, 1983, p. 267-271; Comanor e Frech 1985, p. 539-546; Schwartz 1987, p. 1063-1068; Mathewson e Winter, 1987, p. 1057-1062; Rasmusen et alli, 1991, p. 1137-1145 e Bernheim e Whinston, 1998, p. 64-103.

⁷⁰ Ver, Besanko e Perry, 1993, p. 646-667 e Segal e Whinston, 2000, p. 603-633.

⁷¹ Como exemplo, Bernheim e Whinston (1998), demonstram um modelo que determina como os contratos de exclusividade podem resolver problemas de incentivos entre fabricantes e distribuidores não exclusivos, em particular quando as marcas dos fabricantes rivais são boas substitutas entre si: distribuidores exclusivos podem requerer um menor mark-up para prover os serviços adequados vis a vis distribuidores não exclusivos.

2.1 A regra *per se* e a regra da razão

A análise das condutas verticais sofreu modificações com o passar dos anos, porém é certo que a velocidade das modificações não acompanhou a velocidade do mercado econômico, mas foi efetiva no tocante a flexibilidade dos critérios para a condenação das condutas restritivas. Com embasamento no direito norte-americano a análise foi feita apenas conforme a regra rígida do *per se* e, mais adiante, passou a ser adotada a regra da razão, que foi defendida pela escola de Chicago.

As condutas e os atos de concentração, além de restringirem a concorrência, ainda promovem eficiências compensadoras, entretanto a lei não poderá limitá-los quando estes provocarem ganhos de eficiência líquidos. O princípio da razoabilidade, que reconhece os efeitos líquidos e não somente os restritivos, originou-se em uma vitória do governo norte-americano no caso *Standard Oil Company of New Jersey v. United State* em 1911.

A *Standard Oil* de Nova Jersey, era uma grande empresa de refinaria de petróleo que, por meio de atividades de preços predatórios, ou seja, abaixo do custo, possuía o objetivo de elevar seu poder de mercado. O Juiz White responsável pelo caso, ao proferir que um padrão de razoabilidade teria de ser utilizado junto à aplicação do *Sherman Act*, diferenciava entre os monopólios legais, atingidos através de métodos usuais, daqueles ilegais, decorrentes do acolhimento de estratégias de exclusão de concorrentes.

Nos sistemas jurídicos dos países que possuem um regime capitalista, o abuso do poder econômico, faz-se, geralmente, por meio de dois tipos de legislação, onde, ou se adota o princípio do abuso, em que as práticas comerciais que são consideradas como anticoncorrenciais são analisadas conforme o contexto econômico em que são desenvolvidas, ou seja, são consideradas ilícitas somente as práticas em que os efeitos anticoncorrenciais ultrapassam os pró-concorrenciais aplicando assim a regra da razão (*rule of reason*); ou segue o princípio da proibição (*per se condemnation*), onde certas condutas são consideradas por si próprias prejudiciais à concorrência não tornando então necessário a análise das condições em que ocorrem, ou seja, é aplicada a práticas em que na maioria das vezes não geram ganhos de eficiência significativos.⁷²

A abordagem *per se* é congruente com a análise econômica, pois se refere somente aos métodos judiciais de aplicação da lei que, diante de evidências teóricas,

⁷² Cf. MALARD, Neide. Práticas verticais restritivas da concorrência. Arquivos do Ministério da Justiça, p. 121-122.

estatísticas e jurisprudenciais, torna possível o conhecimento se determinadas práticas não produzem benefícios mensuráveis, o que possibilita por meio de sua aplicação, uma economia considerável de recursos quando comparado ao processo de um caso pelo princípio da razoabilidade. A análise de uma prática pelo método *per se* não é precisa ser detalhada, uma vez que os custos ocasionados ultrapassam os benefícios do procedimento.⁷³

Conforme a regra do *per se* o ato restritivo vertical é ilegal por si só, não se torna necessário a análise das suas conseqüências para tal ato ser considerado ilegal. É considerado ilegal, mesmo quando praticado apenas uma vez, mesmo que tenha benefícios no mercado econômico. Não é feita análise do resultado ou da conduta, tendo em vista que é considerado ilícito e restritivo à concorrência.

Ao decorrer da evolução da legislação antitruste dos Estados Unidos, estudiosos⁷⁴ observaram períodos de predominância das duas abordagens. De acordo com eles, o período entre 1914 a 1936 houve uma ascensão da regra da razão. Depois da publicação do *Clayton Antitrust Act*⁷⁵ e do *Federal Trade Commission Act (FTC)*⁷⁶, estabeleceu-se um período de “repouso” no tocante às ações antitruste, diferentemente do esperado. As cortes fundamentaram suas decisões em testes de razoabilidade na avaliação da conduta das empresas e, o poder Executivo acreditava no êxito das parcerias público-privadas, que poderia desestimular os processos no Departamento de Justiça e da FTC.

Já em 1929, Franklin Roosevelt⁷⁷ defende a ideia que para retomar o crescimento econômico seria necessário uma competição rigorosa, proporcionando um ataque agressivo às conspirações horizontais e ao domínio de mercados monopolistas. Geravam-se assim suspeitas sobre as grandes corporações e dava início à alternativa para simplificar a condenação de réus que foram acusados por práticas anticompetitivas. Como os processos

⁷³ Mello, Maria T. L. Defesa da Concorrência. In: Kupfer, David; Hasenclever, Lia. (org). Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 485-514.

⁷⁴ Kovacic, William E.; Shapiro, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economics and Legal Thinking. Competition Policy Center, Working Paper nº CPC99-09, October, 1999. Disponível em: <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/publications.html>.

⁷⁵ A Lei Clayton Antitrust (Clayton Act), foi uma lei federal aprovada nos Estados Unidos em 1914, para correção das deficiências na ley anti-monopólios Sherman Antitrust de 1890, a primeira lei federal contra as práticas empresariais que causaram prejuízos aos consumidores.

⁷⁶ A Lei da Comissão Federal do Comércio (Federal Trade Commission Act) de 1914 estabeleceu um corpo de cinco membros nomeados pelo presidente dos Estados Unidos para um período de sete anos. Esta Comissão foi estabelecida para delegar ordens à grandes corporações para impedir as práticas injustas no comércio.

⁷⁷ Franklin Delano Roosevelt foi um político, diplomático e advogado estadunidense, que chegou a exercer o cargo de Presidente dos Estados Unidos, sendo o único a ser eleito durante quatro eleições presidenciais.

que eram conduzidos pelo princípio da razoabilidade possuíam certa ociosidade, o período de 1936 e 1972 é definido pela intensa utilização da regra *per se* e pelas análises das estruturas dos mercados.

Somente a partir de 1973, as questões abordadas pela Escola de Chicago ganham destaque e começam a pressionar as decisões judiciais. Pelo fato das empresas norte-americanas estarem perdendo competitividade no cenário internacional e participação no mercado interno, Richard Nixon⁷⁸ inicia uma política em que consiste na indicação de juízes para a Suprema Corte, defendendo uma doutrina contrária às intervenções antitrustes.

A decisão proferida no caso *Continental T.V. Inc vc. Gte Sylvania Inc*, em 1977,⁷⁹ considerou que toda restrição vertical não fundamentada em preços deveria ser avaliada por meio da regra da razão.

No período de 1992, estendido aos dias atuais, é marcado pelo uso de metodologia intermediária, baseada na Teoria dos Jogos, entre a regra da razão e a análise da regra *per se*. Tendo como exemplo a imunidade concedida a quem denuncia a existência do cartel e a abertura de processos perante comportamentos que facilitam práticas coordenadas, e não apenas diante das próprias práticas coordenadas em si.

A regra da razão pondera o bem estar social, realizando uma ponderação entre os lucros do agente beneficiado e do mercado e os prejuízos econômicos dos agentes prejudicados. Quando há mais lucros do que prejuízo, o ato será considerado ilícito, uma vez que produza efeitos desfavoráveis para o bem estar social.

Podendo concluir então que a eficácia compensadora irá servir como um instrumento de medição entre a sua operacionalização e a ideia normativa de bem estar social.⁸⁰

Atualmente, prevalece a aplicação da regra da razão, mas não tornou insignificante a análise das estruturas do mercado, apenas são utilizadas eventualmente por

⁷⁸ Richard Milhous Nixon foi o 37º presidente dos Estados Unidos e o único presidente norte-americano a renunciar o mandato.

⁷⁹ *Continental Televisão v.s. GTE Sylvania*, EUA em 1977, foi uma decisão antitruste do Supremo Tribunal dos Estados Unidos que expandiu o âmbito da "regra da razão" para excluir a jurisdição das leis de defesa da concorrência. Enfrentando queda nas vendas, a GTE-Sylvania tentaram reduzir o número de concorrentes varejistas Sylvania, impondo limites ao número de franquias concedidas em qualquer área do país e requerendo que cada franqueado vendesse seus produtos Sylvania apenas a partir do local onde a franquia estava estabelecida. Quando foi negado a Continental T.V. tal franquia, deu início ao processo alegando violação da Lei Sherman. O Supremo Tribunal tinha considerado que essas restrições estava sujeitadas a regra *per se*.

⁸⁰ Schartz, ilícito antitruste e acordos entre concorrentes, 2001, p.48

alguns países em dadas circunstâncias. Deve-se considerar a presença de isenções, principalmente nos países que constituem a União Europeia, que atribuem exceções ao artigo 101, nº1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE (antigo art. 81 do Tratado CE), considerando ilícitas as condutas em pauta, desde que proporcionem melhorias na produção ou distribuição de bens, ou ainda, progresso técnico ou econômico e desde que não se configure prática de abuso econômico.

No mercado brasileiro tem-se utilizado a regra da razão adaptada à realidade econômica do país, diante da peculiaridade da economia, dos mercados e do perfil dos consumidores, diferentes do que se encontram nos EUA e na Europa.

2.2 Poder de mercado

Identificar o poder de mercado detido por uma empresa é um elemento fundamental para a análise antitruste, uma vez que a existência do poder de mercado estabelece uma condição essencial, porém não é suficiente se analisada isoladamente, seja para caracterizar uma conduta anticoncorrencial ou para identificar um possível exercício individual ou conjunto de poder de mercado resultado de uma concentração empresarial.

O poder de mercado traduz a capacidade que uma empresa tem para aumentar os seus preços acima do nível da concorrência com conseqüente aumento dos seus lucros, refletindo-se no retorno legítimo pelo fato de a empresa ter conseguido alcançar um maior sucesso em relação aos seus concorrentes, independentemente da razão, desde que não considerada ilegal.⁸¹

As empresas almejam o poder de mercado e, se possível, também uma posição dominante, uma possível maneira de alcançar esse resultado seria a eficiência, pois uma vez sendo mais eficientes que as concorrentes a probabilidade de excluí-las do mercado é alta. Essa situação é comum entre empresas que consentem que a concorrência entre elas aumente o bem-estar social. Porém, existem casos em que as empresas tentam encontrar

⁸¹ Church e Ware (2000), op. cit., pp. 603, defendem que o poder de mercado consiste na capacidade de uma empresa lucrar com o aumento do preço acima do custo marginal. Consideram que o poder de mercado deverá ser alvo de escrutínio das autoridades da concorrência se se demonstrar significativo e durável, ou seja, significativo no sentido de o preço se elevar acima do custo marginal mas também do custo médio a longo prazo, de forma a empresa apresentar lucros econômicos, e durável se a empresa conseguir manter esse aumento de preço no longo prazo.

uma posição dominante utilizando práticas desleais, pelo que as autoridades concorrenciais devem impedir a realização de tais práticas.

As empresas que têm a possibilidade de conquistar ou que já detêm o poder de mercado são o ponto central das políticas de concorrência. No tocante à estrutura de mercado, as condições necessárias para as empresas instaladas terem esse poder são, principalmente, a proporção, a uniformidade dos produtos vendidos e as barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Em mercados que são mais concentrados há maior possibilidade das empresas, que atuam individualmente ou em coletivo, poderem aumentar seus preços acima do nível de concorrência.

Na busca de maximizar os lucros, as empresas ganham influência sobre os preços, visto que conseguem diferenciar seu produto de outros semelhantes, originando uma reputação e lealdade dos seus clientes, a partir da qualidade e inovação. Estas empresas aproveitam os benefícios por exercer poder de mercado e acabam por estabelecer preços mais altos, conseqüente do valor que os consumidores atribuem à variedade, à oportunidade de escolha entre marcas diversificadas ou qualidades diferentes de um mesmo produto.

A situação é diferente em mercados que, independentemente da diferenciação do produto, a quantidade de empresas é parcialmente reduzida e, por esse motivo, cada empresa possui uma influência relevante sobre o preço e relacionam-se estrategicamente entre si. A dimensão pode ser uma forma de beneficiarem-se das reduções de custos proporcionadas pela tecnologia; entretanto, o aumento de concentrações possuem a tendência de compreenderem-se em níveis de preços mais altos, com menor competitividade entre as empresas.

Mercados monopolistas além de estabelecerem preços mais altos, também poderão ter menos inovação, pois são protegidos de todas as formas de concorrência e não são pressionados a aderir uma tecnologia mais eficiente e a investir em inovação e desenvolvimento. A solução não é necessariamente o aumento do número de concorrentes, tendo em consideração que, manter artificialmente empresas no mercado provocaria da mesma forma uma distorção e perda de bem-estar,⁸² sendo então, mais grave que o próprio monopólio.

⁸² De acordo com Barbot (2010), “Competition in complementary goods: Airport handling markets and Council Directive 96/67/EC”, Working Paper n. ° 2010-01, Centro de Economia e Finanças da Universidade do Porto, in pp. 7, nem sempre o aumento do número de concorrentes contribui para o aumento do bem-estar.

Após obter sucesso no investimento em inovação e a introdução de novos produtos no mercado, a empresa que é beneficiada pelo monopólio recebe a recompensa pela atividade desempenhada. Toda tentativa para estabelecer limites ao poder de mercado conquistado pela empresa será considerado como negativo pela mesma. A principal apreensão da política concorrencial são os monopólios que distorcem o processo concorrencial, e não com monopólios *per se*.

Quando existe distinção de produtos, a concorrência acontece mais por meio de publicidade, inovação e fidelidade do consumidor, do que pela redução dos preços. Assim, a possibilidade das empresas mostrarem poder de mercado é menor quando o produto é homogêneo. Podendo concluir então, a homogeneidade ou heterogeneidade dos produtos podem gerar influência em nível de substituição entre os bens produzidos por empresas distintas e a maneira de concorrência entre elas.

As barreiras à entrada são relevantes para determinar o poder de mercado das empresas, pois além de influenciarem o grau de concentração das empresas instaladas, influem também a extensão da concorrência potencial praticada por empresas que estão fora do mercado. Quando é moderadamente fácil a entrada em um mercado, as empresas já instaladas, mesmo que exerçam uma posição dominante ou trabalhem em um ramo concentrado, terão incertezas ao praticar um preço alto por um longo período, com dúvida de provocar a entrada no mercado.⁸³

As autoridades concorrenciais consideram improvável que uma empresa tenha poder de mercado quando for possível a entrada no mercado de potenciais concorrentes,

Sendo verdade para um número elevado de situações, também se constata que aumentar o número de concorrentes pode contribuir para a diminuição do bem-estar, ou, pelo menos, para a diminuição do excedente do consumidor.

⁸³ A teoria relativa aos mercados contestáveis foi proposta por Baumol et al. (1982) como uma teoria geral que explicasse o comportamento das indústrias, não importando a sua estrutura. Num mercado contestável, tal como definido por Baumol (1982), a entrada é totalmente livre, o que não quer dizer que ela seja sem custos ou fácil. Apenas significa que as empresas que entram no mercado não sofrerão qualquer desvantagem em termos de técnicas de produção ou de qualidade do produto em relação às empresas já participantes. Portanto, para a existência de mercados perfeitamente contestáveis, torna-se necessária a inexistência de barreiras à entrada. Do mesmo modo, a liberdade de saída do mercado proposta pela teoria implica a não existência de custos irrecuperáveis, ou seja, a entrada é totalmente reversível: a qualquer momento, a empresa que entrou no mercado pode sair sem custos. A possibilidade de uma entrada rápida e fulminante de um empresa externa à indústria – denominada de estratégia hit and run – admitida como possível devido à hipótese de ausência de barreiras à entrada e saída, custos irrecuperáveis e não reação das empresas já participantes desse mercado, motiva o resultado do modelo dos mercados contestáveis, ou seja, que as empresas participantes se comportem de forma a não atrair a entrada no seu mercado, sendo que para sobreviver as empresas deverão operar de forma eficiente – in Catermol (2004), “Inovações e Contestabilidade: Algumas considerações sobre Eficiência Económica”, Revista do BNDES, V, 11, N. 22, pp. 136-139 e Baumol (1988), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Revised Edition, Harcourt Brace Javanovich, pp. xii.

mesmo que a falta de barreiras à entrada não distancie, por si própria, a existência de uma empresa com poder de mercado alto, ou ainda monopolista. Por conseguinte, as autoridades da concorrência devem estar em constante vigília, tendo por objetivo manter um ambiente onde possa haver desafio entre as concorrentes em potencial e as empresas que já possuem uma posição privilegiada no mercado.⁸⁴

2.3 Mercado Relevante

O conceito de mercado relevante é amplamente utilizado na área antitruste, é definido como sendo o menor mercado, ramificado em produtos e serviços que o compõe e da área geográfica para qual a venda destes produtos ou serviços é economicamente viável, no qual o exercício de poder de mercado se verifica possível através de ações unilaterais ou coordenada de empresas.⁸⁵

Quando o propósito é a avaliação das restrições verticais, é de extrema importância observar a interação entre os diferentes mercados relevantes presentes em determinada prática. Motivo pelo qual, determinado ato no mercado alvo pode afetar diretamente outros mercados. Assim, a análise dos efeitos de práticas restritivas, verifica a dimensão real do mercado que está sendo afetado devido a essa prática, para poder então delimitar o universo material e geográfico sobre os quais irá se estabelecer a avaliação antitruste.⁸⁶

Para essa delimitação podem utilizar-se diferentes testes econômicos, como por exemplo, o teste do monopolista hipotético. Na prática, o mercado relevante é determinado ao analisar dois tipos de mercado, o mercado relevante geográfico e o mercado relevante de produto ou serviço, além disso, procura-se determinar a dimensão da oferta e da demanda.

⁸⁴ Defende Neumann (2004), in *The international handbook of competition*, Edward Elgar, pp. 243, que, face à inexistência de barreiras à entrada, qualquer tentativa para manter um preço superior ao preço de concorrência motivará a entrada de novas empresas no mercado, o que irá extinguir os lucros de uma eventual colusão. Deste modo, assevera que o comportamento colusivo não é sustentável com a ausência de barreiras à entrada.

⁸⁵ De acordo com Forgioni, “mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente cujo comportamento está sendo analisado”. Nesse sentido, mercado relevante seria o mercado de atuação dos agentes econômicos, que se encontram em situação de concorrência por determinada conduta. Forgioni, *Os Fundamentos do antitruste*, 1998, p. 271-271.

⁸⁶ Gaban e Domingues, *Direito antitruste*, 2012, p.93.

O mercado geográfico é o espaço físico onde acontece a concorrência entre os agentes econômicos, cujas práticas estão sendo observadas pelas autoridades antitrustes.⁸⁷ Todos os produtos ou serviços que são considerados substituíveis entre si pelos consumidores, sejam por suas características, preços ou utilização, são denominados mercado relevante de produto/serviço.⁸⁸

Quando for determinado o mercado relevante, as autoridades da concorrência deverão averiguar a parcela de participação de mercado (*market share*) do investigado, tendo em consideração os dois tipos de mercado exposto acima.

2.4 Efeitos anticoncorrenciais

2.4.1 Diminuição da concorrência intramarca

A redução da concorrência intramarca acontece no mercado dos distribuidores e tem como objetivo que a limitação de preço de revenda incida somente os agentes econômicos que exercem sob a mesma marca.

A delimitação do preço de revenda exclui a concorrência entre os distribuidores da mesma marca.⁸⁹ No entanto, não há uma eliminação, mas sim uma redução da concorrência, tendo em vista que a concorrência entre os agentes econômicos não se dá somente pelo preço, pois há também a competição pelo não preço. A delimitação do preço de revenda não elimina a possibilidade dos agentes econômicos darem continuidade à concorrência pelo menor preço.⁹⁰

Existe a possibilidade da concorrência pelo não preço, onde os agentes econômicos competem para o fornecimento de melhor serviço, na pós e pré-venda, com atendimento de qualidade elevada, porém para alcançar tais objetivos é necessário a contratação de pessoas qualificadas.⁹¹

⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As estruturas. p. 102.

⁸⁸ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. p. 211.

⁸⁹ GONÇALVES. Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, p. 166-170.

⁹⁰ Ver decisão proferida pelo conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, no Processo Administrativo nº 08012.006241/97-03, ao analisar a delimitação de preço máximo de revenda imposta através de intervenção estatal no mercado de medicamentos.

⁹¹ No caso *Albrecht versus Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968), a Suprema Corte Norte-Americana apontou os principais efeitos da delimitação do preço de revenda: A delimitação do preço de revenda, uma prática que não ocorreu neste caso, diminui a concorrência intramarca horizontalmente. Os efeitos, preços altos, menos

O impedimento de repasse para os compradores de ganhos de eficiência do distribuidor é resultado dessa limitação, e, através dessa restrição vertical, existe uma acomodação por parte dos distribuidores impossibilitando então a inovação, o que irá causar danos ao avanço tecnológico.

Existem diferenças entre cada distribuidor quanto a custos, clientes, investimento em qualificação de profissionais e também quanto à estrutura tecnológica de cada empresa. Quando ocorre a delimitação do preço de revenda, as desigualdades entre os distribuidores não analisadas devidamente geram distorções dentro do próprio mercado.⁹²

Diante da alegação de desânimo da competição intramarca a defesa é que a competição entremarcas irá aumentar, mediante o fato dos distribuidores não possuírem a preocupação com aquela forma concorrencial, e todo seu estímulo será destinado para concorrer com a outra marca que já está presente no mercado. Porém tal alegação só poderá ser feita se no mercado houver concorrência entre marcas variadas.

A Comissão Europeia diante das restrições verticais aponta que, se em um mercado onde os distribuidores individuais fornecem a marca ou marcas de somente um fornecedor, uma diminuição da competição entre os distribuidores da mesma marca irá desencadear uma redução da concorrência intramarca entre esses distribuidores, porém não poderá ter efeito negativo na concorrência entre os distribuidores em geral. Então, se a competição entremarcas não for intensa, eventualmente a redução da concorrência intramarca afetará negativamente os consumidores.⁹³

Ainda que nos casos de delimitação de preço fixo de revenda, os distribuidores não excluem o investimento na concorrência intramarca, tal sistema concorrencial irá continuar a existir, porém não terá competição pelo preço mais reduzido, e sim pela melhor prestação de serviço. Se o mercado não for concentrado, haverá disputa interna e também a concorrência entremarcas, onde os distribuidores competirão tanto em relação ao preço como no não preço.

eficiência no uso dos recursos e uma vida mais fácil para os revendedores são os mesmos se a política de delimitação do preço tem a forma de uma colusão horizontal entre os revendedores ou de um acordo entre o fabricante e o fornecedor.

⁹² GONÇALVES. Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, p. 166-167.

⁹³ COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO EUROPEIA COMISSÃO EUROPEIA Orientações relativas às restrições verticais (Texto relevante para efeitos do EEE) (2010/C 130/01), item 102.

Podendo concluir então que a delimitação de preço de revenda não provoca o encerramento da concorrência pelo preço no mercado intramarca.

2.4.2 Possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores

Há possibilidade de cartelização quando existe a delimitação de preço mínimo de revenda, pois é uma forma segura de acompanhar os preços, evitando que, pressões externas reduzam os preços e o descumprimento do acordo das partes.⁹⁴

No momento em que a possibilidade de trair o cartel é reduzida, essa transgressão à ordem econômica torna-se atrativa para os fornecedores, pois assim os distribuidores não irão poder diminuir seus preços abaixo do que estava inicialmente determinado pelos titulares das marcas, tal falta de eficiência poderá acontecer também na fixação do preço de revenda.⁹⁵

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em conjunto com o Banco Mundial declara que a delimitação do preço de revenda quando em fixação de preço colabora para o aumento da possibilidade de ocorrências de cartel no mercado dos fornecedores, pois a padronização dos preços no mercado dos distribuidores torna mais fácil o acesso às informações dos preços, que pode facilitar a formação de cartéis tácitos de fornecedores, em mercados oligopolistas, em acordos explícitos são capazes de ser identificados e punidos pelos órgãos concorrenciais competentes.⁹⁶

Roberto Padoleski não concorda com tal posicionamento, afirmam que os agentes econômicos que fazem parte do cartel estarão sempre propícios a trair o pactuado, sempre vislumbrando aumentar a participação no mercado. Para o autor, a aplicação da fixação do

⁹⁴ Conforme CÓRDOVA; LOPES. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei nº 11.482/2007, p. 45-74. ” Procura-se aproveitar da fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. Pode-se falar numa trégua entre os participantes, que cessam de concorrer, mas não propriamente de uma aliança estável”.

⁹⁵ CÓRDOVA; LOPES. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei nº 11.482/2007, p. 45-74, afirma que: “O cartel é um acordo muito instável entre as empresas participantes, uma vez que os agentes econômicos tendem naturalmente a traí-lo e, conseqüentemente, vendem os seus produtos ou os seus serviços mais baratos do que foram pactuados entre eles, reiniciando a concorrência que fora interrompida pelo acordo horizontal firmado. (...) Tendo em vista a peculiaridade de cada empresa, a diferença do custo do produto ou do serviço haja vista a tecnologia de cada participante, e, sobretudo, a vontade de aumentar os lucros, acumulando, assim, riqueza, o cartel torna-se um acordo restritivo horizontal muito instável.”

⁹⁶ BANCO MUNDIAL; OCDE. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Washington-Paris, 1999. Disponível em: <
[HTTP://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html](http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html)>.

preço de revenda para cartelizar o mercado dos fornecedores não é aceitável, pois tal resultado poderia ser alcançado de outras maneiras como, por exemplo, descontos aos distribuidores em troca de aumento do esforço de vendas.⁹⁷

Robert Bork em concordância com o autor anterior entende que, dois motivos poderão anular a ocorrência da possibilidade de cartelização no mercado dos fornecedores através da fixação do preço de revenda, que são eles: (i) a cartelização se torna mais complicada pelo fato dos produtos não serem facilmente comparáveis, o que gera barreiras para combinar preço ou outro tipo de acordo; (ii) a delimitação do preço de revenda não exclui completamente a vontade do distribuidor de fazer ofertas de produtos abaixo do preço, bem como trair o cartel.⁹⁸

2.4.3 Possibilidade de cartelização no mercado dos distribuidores

A delimitação do preço de revenda reduz a competição no mercado do distribuidor, tal redução refere-se somente à concorrência pelo preço, a concorrência pelo não preço continuará existindo na mesma.

O cartel pode ser definido como um acordo celebrado entre concorrentes de determinado produto ou serviço, visando à elevação dos lucros, através de adoção de condutas uniformes, especialmente em matéria de preços.⁹⁹ Segundo o ex-conselheiro do

⁹⁷ PARDOLESI. I contratti di distribuzione, p. 39-40.

⁹⁸ O autor BORK em *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, p. 294. Continua a discorrer sobre o assunto alegando que: “(...) Mas ainda há outra desvantagem para utilizar a delimitação do preço de revenda como ferramenta do cartel dos fornecedores – o custo. Uma vez que os estabelecimentos terão custos diferentes de operação, delimitação do preço de revenda apresenta ineficiências graves. O acordo sobre os preços de revenda terá de ter em conta as eficiências diferentes de vários agentes econômicos, as diferenças nos produtos e as condições de comercialização em constante mudança. Os custos para os fornecedores irão aumentar não em relação ao tempo e ao esforço dedicados à colusão, mas também da perda de eficiência do distribuidor, já que as vendas são, hipoteticamente, sujeitas às restrições do preço artificial que todos os fornecedores escolheram como forma de eficiência distributiva. Finalmente, em alguns casos de acordo entre os fornecedores para utilizar a delimitação do preço de revenda como um dispositivo de política para um cartel, não deve ser difícil para as autoridades antitruste detectar. De fato, a presença de um padrão de todo nas empresas na delimitação do preço de revenda deve, como no caso do cartel no mercado dos distribuidores, atrair a atenção do governo e facilitar a descoberta do cartel dos fornecedores. A necessidade de coordenar as diferentes políticas do fornecedor com relação do preço de revenda vai produzir muitas provas do cartel. Outro sinal seria qualquer tentativa do fornecedor para evitar a concorrência pelo não preço, uma vez que o uso legítimo da delimitação do preço de revenda é obter tais esforços do distribuidor.

⁹⁹ SANTOS. Análise do cartel das produtoras de papéis na Comunidade Europeia, p. 14.

CADE, Ruy Santacruz, outras variáveis de mercado podem ser enquadradas como cartel, como por exemplo, a qualidade do produto, e a inovação de produtos.¹⁰⁰

A principal dificuldade encontrada para formação de um cartel é a concordância entre seus participantes para estabelecer o preço a ser seguido por eles, tendo em consideração as peculiaridades de cada agente econômico. Entretanto, na delimitação do preço de revenda, principalmente na fixação de preço, estabelecer o preço para de ser um obstáculo, e o acordo para constituir um cartel é único e especificamente em situações da concorrência pelo não preço, facilitando o conluio.

O cartel no mercado dos distribuidores pode ser analisado com facilidade pelo fornecedor, o que evita que eles tenham contato direto entre si. O fornecedor possui o interesse no cartel e, na falta de concorrência entre seus distribuidores para não haver um conflito de preços ou uma concorrência predatória que poderia ocasionar em um desprestígio do produto comercializado na perspectiva do adquirente.¹⁰¹

Existem discordâncias sobre essa questão.¹⁰² O fornecedor não possui interesse na ocorrência da cartelização no mercado dos distribuidores, pois em consequência desse ato haveria um aumento do preço e a queda das vendas no mercado. Com a redução das vendas, o distribuidor irá adquirir menos do fornecedor e assim causar danos em sua atividade.¹⁰³ Um cartel no mercado dos distribuidores, através da delimitação do preço de revenda, seria identificado com maior facilidade pelas autoridades anticoncorrenciais.

Todavia, se os distribuidores tiverem um maior poder de troca comercial perante o fornecedor, a cartelização do mercado seria então mais provável, porém não exclui a característica individual dos produtos e os métodos utilizados por cada fornecedor em sua

¹⁰⁰ Trecho de voto proferido por Ruy Santacruz, em julgamento do processo administrativo nº. 08000.045337/97-48.

¹⁰¹ A OCDE elaborou um relatório sobre a delimitação do preço de revenda e abordou essa questão em *Resale Price Maintenance: Competition Policy Roundtables*, p. 105.” A explicação anticoncorrencial mais comum, que a Suprema Corte reconheceu em sua decisão no caso *Dr. Miles*, é que a fixação vertical dos preços facilita cartéis seja no mercado do atacado ou no varejo, fornecendo um mecanismo de defesa da concorrência, em que os distribuidores não fiscalizam, eles próprios, o cartel. Os defensores dessa opinião alegam que alguns distribuidores muitas vezes, no passado, através de grupos empresariais, têm pressionado os fornecedores para instituir uma delimitação do preço de revenda e agir como executor do cartel. O resultado é um cartel mais estável e durável do que puramente um arranjo horizontal”.

¹⁰² Roberto PARDOLESI. *I contratti di distribuzione*, p.48-49, tem o mesmo posicionamento: “(...) dado que os fornecedores não terão os lucros que os distribuidores auferirão com o cartel, muito pelo contrário, poderão, inclusive, sofrer perdas, assim, os fornecedores terão grande interesse em acabar com o cartel, podendo, até mesmo, denunciar a infração para as autoridades concorrenciais”.

¹⁰³ MATTOS. *Fixação de preço de revenda (resale-pricemaintenance-FPR): elementos para um roteiro de investigação*, p. 34.

distribuição. Porém, caso o mercado for concentrado, em relação aos distribuidores, tal diferenciação do produto não haverá, pois serão comercializados os mesmos produtos.

2.4.4 Aumento unilateral do poder de mercado do fornecedor

A delimitação do preço de revenda pode aumentar o poder unilateral do mercado fornecedor, principalmente quando há a delimitação do preço máximo da revenda. Tal ineficiência pode acontecer em duas hipóteses.

Quando o fornecedor optar pela adoção do preço máximo predatório, ou seja, vende seu produto para o distribuidor por um preço abaixo do custo marginal. Assim, por meio da delimitação do preço máximo de revenda, o distribuidor possui a garantia que tal redução do preço seja transferida ao adquirente.¹⁰⁴

Também, ocorre no momento em que o fornecedor tem a pretensão de incorporar a distribuição. Com esse fato, haveria uma delimitação do preço máximo de revenda em um nível inferior ao valor que os distribuidores adquirem o produto, e o fornecedor excluiria o distribuidor por meio da delimitação do preço máximo de revenda abusiva.

Desse modo poderia distribuí-lo por si próprio, ou seja, a integração vertical seria formalizada. Então, o poder de mercado do fornecedor seria aumentado unilateralmente. Tal hipótese acontecerá apenas se o fornecedor tiver um grande poder de mercado, e o distribuidor não detiver nenhum.

Essa abordagem exige atenção para outros aspectos. A possibilidade de utilizar a delimitação do preço de revenda para abandonar a distribuição indireta e adotar a distribuição direta é delicada, tendo em consideração que o distribuidor não iria aceitar voluntariamente, uma vez que esta restrição provocaria prejuízos elevados.

Logo, o distribuidor levantaria a questão da restrição vertical diante do Poder Judiciário, que poderia, inclusive, ser repassada ao CADE, onde o fornecedor correria o risco de ser condenado de forma incisiva, além de arcar com as despesas judiciais ou administrativas.

Existem possibilidades diferentes, com risco e custo inferior, que podem atingir o mesmo objetivo, como por exemplo, o fornecedor recusar a venda ou a aquisição do

¹⁰⁴ MATTOS. Fixação de preço de revenda (resale price maintenance-RPM): elementos para um roteiro de investigação, p. 44-45.

distribuidor. Porém todas as hipóteses levantadas serão possíveis apenas se o fornecedor tiver um poder de mercado relativamente maior que o distribuidor.

2.4.5 Aumento das barreiras à entrada

As barreiras à entrada são empecilhos encontrados pelos novos agentes econômicos que possuem o interesse em entrar em um determinado mercado.¹⁰⁵ Existem barreiras que podem ser inerentes ao próprio mercado, são denominadas como “barreiras à entrada naturais” ou podem ser criadas pelos agentes econômicos que atuam no mercado relevante para impedir a entrada de novos concorrentes, essas chamadas de “barreiras à entrada artificiais”.

O aumento das barreiras à entrada deve ser analisado tanto no mercado do distribuidor quanto no do fornecedor. Utilizar a delimitação do preço como maneira de aumentar as barreiras à entrada no mercado do fornecedor está relacionado à integração vertical.

Pelo fato da delimitação do preço de revenda poder ser utilizada como uma forma predatória para excluir o distribuidor, e o fornecedor passar a realizar a distribuição por si próprio, ocorre a integração vertical e o aumento unilateral do poder de mercado. No entanto, mesmo essa integração vertical provocando esse aumento unilateral no poder de mercado, pode também gerar um aumento das barreiras à entrada, uma vez que o acesso de concorrentes às fontes de distribuição se torna mais difícil, dificultando assim a entrada de novos agentes econômicos no mercado do fornecedor. Caso a integração vertical seja atingida, pode ser utilizado como obstáculo para o acesso de novos concorrentes, ou até mesmo como impedimento destes ao acesso à matéria-prima e aos meios de distribuição.

O aumento das barreiras à entrada no mercado dos distribuidores poderá acontecer através de duas formas. A primeira poderá ser realizada através da integração vertical, assim como no mercado do fornecedor, porém, somente se houver a presença de um fornecedor único ou, uma maior quantidade de agentes econômicos, e os mesmos também adotarem a integração vertical. Do contrário, existirá a possibilidade de novos concorrentes

¹⁰⁵ Alison Jones e Brenda Sufrin entendem que as barreiras à entrada devem ser compreendidas tanto em relação ao impedimento de entrada de um novo concorrente quanto à expansão de um concorrente, ou seja, seu crescimento no mercado (JONES; SUFRIN. EC Competition Law, p. 84-85).

distribuírem produtos de marcas diferentes, ainda assim, as barreiras à entrada irão aumentar.

Outra hipótese acontece se a delimitação do preço de revenda for utilizada para cartelizar o mercado dos distribuidores, pois irá ocorrer a barreira à entrada criada pelos seus participantes, que vão impedir que outros agentes econômicos concorram no mercado.

Em ambos os casos o aumento das barreiras à entrada não acontece isoladamente, essa possível falta de eficiência apenas será uma consequência da integração vertical ou da cartelização do mercado.

2.4.6 Discriminação de preços

As restrições verticais podem proporcionar a discriminação de preços, com efeitos sobre o bem estar social, quando utilizadas pelos fabricantes como contratos de exclusividade e vendas casadas.

A demanda por produtos em diferentes localidades pode ter elasticidades distintas, de forma que a maximização de lucros pelo fabricante resulta em cobrança de preços diferentes. Para impedir arbitragem entre os distribuidores, o fabricante pode requerer exclusividade territorial.

As discriminações de preços facilitadas pelas restrições verticais, principalmente pelas empresas que possuem uma forte posição dominante, também podem criar o poder de mercado ou mantê-lo. As estratégias de preços diferentes podem provocar uma redução da rivalidade intermarcas e ainda, a declinação da agressividade dos concorrentes.

A utilização de preços predatórios pode excluir determinado concorrente do mercado, essa exclusão pode ser feita mediante descontos ou sistemas de fidelidade.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Segundo Matsura e Mello: “A habilidade para discriminar preços varia com a fatia de mercado. Quanto maior a fatia de mercado de uma empresa em relação à de seus rivais, mais provável é que a discriminação implique restrição à competição. Grandes fatias de mercado provavelmente abrigam uma grande diversidade de elasticidades que podem ser manipuladas como fonte de dominância.” Matsura, E. e Mello, M., 2005, p. 19 Estudo I.3.2: Restrições Verticais. In: Seminário Estudos em Métodos Quantitativos Aplicados à Defesa da Concorrência e Regulação Econômica, SDE.

2.4.7 Problemas de comprometimento

Assim como as integrações verticais, as restrições verticais podem causar efeitos negativos sobre o bem estar dos consumidores quando permitem que um produtor que possui poder de mercado cobre preços mais altos, exercendo assim seu poder de mercado. Tal fato ocorre quando o produtor pode realizar o compromisso de fornecer seu produto para um único distribuidor em uma região. Desse modo, a competição potencial entre os distribuidores pelo direito de ser exclusivo na distribuição do produto naquela determinada localidade irá implicar em um pagamento de aquisição do produto.

Através do contrato de exclusividade territorial, uma firma pode comprometer a situação exposta acima, encerrando a entrada do produto de outros distribuidores. Em relação aos impactos sociais, a restrição vertical diminui o excedente agregado e o excedente dos consumidores. Quanto maior for a concorrência intermarcas, menor será o dano ao bem estar social, pois impossibilitaria o poder de mercado do produtor causado pela restrição vertical.¹⁰⁷

2.5 Restrições verticais como eficiências

2.5.1 Eliminação da dupla marginalização

Visando a maximização do seu lucro, o agente econômico que possuir o poder de mercado irá aumentar o preço do seu produto. Então, o fornecedor que detém poder de mercado, ao comercializar seu produto com o distribuidor, irá aumentar sua margem de lucro. Caso o distribuidor tiver poder de mercado, irá também maximizar seus lucros, conseqüentemente beneficiar-se-á de margens elevadas no preço final de revenda.

Assim, o fato dos dois agentes econômicos possuírem poder de mercado e detiverem benefícios provindos de margens de lucros elevadas, irá ocasionar a dupla marginalização.

Existe uma externalidade vertical, entre o fabricante e o distribuidor, que provém do fato de que ambas as partes, ao fixar seu preço, não darem relevância ao efeito de seu preço sobre o lucro da outra parte.

¹⁰⁷ Motta, M., 2004, p. 343. Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press.

O fornecedor, em dado contexto, possui incentivos privados para solucionar ou diminuir esse problema. Determinar o preço máximo de revenda ou, em alternativa, fixar quantidades mínimas de compra por parte do distribuidor. No caso de um fabricante exercer o controle sobre diversos distribuidores, com a hipótese de concorrência por preço, o crescimento do número de estabelecimentos, proporcionando o desenvolvimento da concorrência intramarca, seria também uma possível solução, ou seja, o aumento da concorrência entre os distribuidores coibiria a dupla marginalização. Dessa forma, a integração vertical também excluiria a dupla marginalização.¹⁰⁸

Portanto, quando a restrição vertical está associada à dupla marginalização ocorre além de transferência de renda dos distribuidores para os fornecedores, um efeito pró-competitivo, que isoladamente, proporciona uma redução de preços para o consumidor.

2.5.2 Melhoria nos serviços de pós e pré-venda, concorrência pelo não preço

Uma das consequências negativas da delimitação do preço de revenda é a redução da competição pelo preço, porém, haverá um adicional, a concorrência pelo não preço. Essa eficiência tem maior ocorrência na fixação e na delimitação do preço mínimo de revenda, mas não exclui a ocorrência nas demais formas.

A concorrência pelo não preço acontece quando os agentes econômicos estabelecem uma disputa de mercado por meio do atendimento mais eficaz, ou seja, funcionários devidamente qualificados, publicidade, infraestrutura, entrega eficiente de produto, entre outros.

No momento em que o fornecedor delimita o preço de revenda, a competição pelo preço entre os distribuidores é prejudicada. Mas, a vontade de elevar as vendas e, assim, os lucros e a participação no mercado não sofrem alterações. Porém, para alcançar esses propósitos, os distribuidores deverão ter empresas diferenciadas das demais, uma vez que a delimitação de preço de revenda, utilizada pelo fornecedor, interdita a competição pelo

¹⁰⁸ De acordo com KORAH; O'SULLIVAN. *Distribution Agreements under EC Competition Rules*, p. 37: “: Onde há algum poder de mercado, e o fornecedor vende para um comerciante, prometendo um território exclusivo, ao seu preço de maximização do lucro, o distribuidor pode tomar isso como um custo fixo e vender no preço referente à sua maximização do lucro. (...) A delimitação do preço máximo de revenda reduz a possibilidade de o distribuidor acrescentar uma outra margem monopolística no preço. Esse argumento, entretanto, não justifica a delimitação do preço de revenda fixo ou mínimo”.

preço, a única forma para que o adquirente opte pela empresa é o distribuidor incrementar a concorrência pelo não preço.

A delimitação do preço de revenda pode ser utilizada pelos fornecedores para melhoria de prestação de serviços no mercado do distribuidor, tendo como objetivo o incremento na concorrência pelo não preço ocasionada por essa restrição vertical.

Considerando que o fornecedor constate que os serviços desempenhados junto aos adquirentes do distribuidor não estão sendo realizadas da forma adequada, ou possui a intenção de aprimorar os serviços pós e pré-venda, o fornecedor poderá utilizar a delimitação de preço de revenda com tal finalidade.¹⁰⁹

2.5.3 Eliminação do *free rider*

O problema do *free rider*¹¹⁰ acontece quando um agente econômico tem benefício sem realizar esforços, de investimentos realizados por outro agente econômico. As Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia definem o *free rider* como sendo um problema de parasitismo, tendo em vista que, um distribuidor pode tirar proveito das práticas de outro distribuidor, conseguindo benefícios gratuitos dos esforços de promoção do outro.¹¹¹

As externalidades são provocadas pelas atividades de produção ou consumo desempenhadas por um agente econômico atingindo os demais, ou seja, é o efeito de uma decisão sobre aqueles eliminados da elaboração da decisão.

Pode ter efeitos negativos e positivos. Positiva quando, os outros agentes econômicos, involuntariamente, são beneficiados por um esforço realizado por outro agente econômico, o *free rider*, sendo considerado pela Economia como uma externalidade

¹⁰⁹ W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon, ao analisarem um mercado regulado, abordam a questão da concorrência pelo preço e pelo não preço: “O ponto fundamental a ser feito é que, enquanto a regulação limita alguns caminhos pelos quais as empresas concorrem, é difícil restringir todas as avenidas. Em seus esforços para maximizar os lucros, as empresas irão transferir todas as atividades para as avenidas que estão sem impedimento pela regulação. No caso da regulação de preços, as empresas vão concorrer mais intensamente por meio de métodos de não preço, como qualidade do produto e publicidade. Do ponto de vista de uma empresa, tal comportamento é susceptível de conduzir a uma excessiva concorrência pelo não preço”. VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON. Economics Regulation and Antitrust, p. 566.

¹¹⁰ O *free rider* também pode ser denominado “caroneiro” ou “parasitismo”

¹¹¹ COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO EUROPEIA COMISSÃO EUROPEIA Orientações relativas às restrições verticais, Item 107, alínea “a”.

positiva. Será considerada negativa a partir do momento em que proporcione despesas para os demais agentes.

Em algumas situações, a externalidade positiva poderá provocar tanto benefícios quanto malefícios. Benefícios em casos de investimento estatal, como por exemplo, na área da saúde, em que a sociedade é beneficiada através do investimento realizado pelo Estado. Malefícios no caso do *free rider*, onde há benefícios dos investimentos feitos por outros.¹¹²

As campanhas publicitárias feitas pelos fornecedores de uma determinada marca beneficiam seus distribuidores, mesmo que estes não tenham contribuído, mas, provocará benefícios também para produtos semelhantes de outras marcas. No mesmo sentido, quando os distribuidores realizam campanhas publicitárias de um produto, todos os outros distribuidores serão conseqüentemente beneficiados, mesmo não participando das despesas da campanha. Em ambos os casos, os agentes econômicos se beneficiaram sem contribuir para os custos, então, são considerados *free riders*.¹¹³

O problema do *free rider* gera problemas tanto para os distribuidores quanto para o mercado e para o adquirente, até mesmo para o consumidor final, pois pode reduzir as vendas de um distribuidor e, portanto, este suspenderá seus investimentos em sua infraestrutura e no melhor atendimento pré e pós-venda para o adquirente. Essa situação poderá causar prejuízos para os fornecedores também, pois o investimento realizado pelo distribuidor em um melhor serviço de atendimento tem a finalidade de explicar as vantagens do produto, transformando assim em conhecimento para o mercado.

Para eliminar os problemas que o *free rider* podem causar em algumas situações, o fornecedor pode fixar um preço de revenda ou delimitar o preço mínimo, pois ao adotar

¹¹² W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon explicam a questão do free rider: "Imagine o mercado de computadores. Antes de comprar um computador da Apple, o consumidor gostaria de aprender o máximo possível sobre o produto. Uma loja de computadores de varejo que vende Apple é ideal – o consumidor pode consultar com vendedores tecnicamente treinados e operar o computador. Em seguida, no entanto, o consumidor opta por comprar a Apple através de uma loja que vende pelos correios que tem preços mais baixos para Apples porque não precisa fornecer espaço para demonstrações e vendedores treinados tecnicamente. Em outras palavras, as lojas por correio são free riders das lojas de informática do varejo. A preocupação do fornecedor é que os estabelecimentos de venda por correspondência podem tornar inviáveis as lojas de varejo que prestam serviço de informação que são necessárias para a Apple competir com a IBM e fornecedores de outros computadores". VISCUSI; HARRINGTON JR.; VERNON. *Economics Regulation and Antitrust*, p. 283.

¹¹³ GONÇALVES. Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, p. 190.

essas medidas, o fornecedor irá estimular a concorrência pelo não preço entre seus distribuidores e eliminar o problema do *free rider*.¹¹⁴

O *free rider* não acontece em qualquer mercado, podendo ser maior em uns que em outros. Em consequência, a origem do produto pode auxiliar o tribunal a determinar se uma restrição específica foi feita em combate ao *free rider* ou se foi imposta por razão anticoncorrencial. O problema do *free rider* tem maior ocorrência em marcas específicas de produtos, ou seja, produtos que os consumidores podem fazer a distinção de marcas do mesmo produto e não são indiferentes em relação a aquisição da marca.¹¹⁵

Através do acordo de exclusividade ou o de seletividade, o problema do *free rider* pode ser eliminado. Conforme elucidam as Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia, que para que haja ocorrência de *free rider* são necessários alguns requisitos, ou seja, para que constitua um problema, é necessário que o *free rider* seja real, pois o parasitismo existente entre compradores pode acontecer apenas em serviços pós-venda e em atividades promocionais, porém não pode ocorrer em serviços pós-venda, onde os distribuidores podem beneficiar-se com os adquirentes individualmente.

O produto precisa ser relativamente novo, ou sua reputação deve ser um fator determinante para sua procura, ou tecnicamente complexo, sendo que de outra forma o consumidor pode ter conhecimento do que pretende a partir de compras anteriores. O produto deve conter um valor razoavelmente alto, uma vez que de outra maneira não será atrativo para um consumidor deslocar-se a um estabelecimento para pedir informação e a outro para efetuar a compra. E por último, o produto não pode ser praticável para o fornecedor impor contratualmente a todos os compradores obrigações efetivas de promoção ou de prestação de serviço. O *free rider* entre fornecedores é igualmente limitado a situações específicas, principalmente em casos em que a promoção é feita nas instalações do comprador e é genérica, não específica de uma marca.¹¹⁶

O *free rider* é questão de discussão e alvo de críticas nos Estados Unidos. Warren S. Grimes, ao criticar a Suprema Corte, afirma que é dada muita importância para o *free*

¹¹⁴ Richard Posner explica: “Um fabricante pode impedir o free rider através da delimitação do preço mínimo de revenda, em um nível que gere lucros suficientes, acima do custo da distribuição para permitir que o distribuidor forneça os serviços que o fabricante deseja. Proibida a concorrência pelo preço, mas livres para competirem pelo serviço, cada distribuidor irá investir em serviços de pré-venda para atrair os consumidores longe de seus concorrentes”. POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 308.

¹¹⁵ HOVENKAMP. *Economics and Federal Antitrust Law*, p. 255-256.

¹¹⁶ COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO EUROPEIA COMISSÃO EUROPEIA Orientações relativas às restrições verticais, Item 107, alínea “a”.

rider com o objetivo de justificar uma restrição vertical, porém, esse problema é pequeno. Esse autor não levanta questionamentos sobre as possíveis eficiências que uma restrição pode provocar no mercado, entretanto, o argumento do *free rider* é insuficiente.¹¹⁷

2.5.4 Preservação da imagem do produto e da marca

O adquirente relaciona, muitas vezes, o preço do produto com a sua qualidade, então o fornecedor estabelece um preço mínimo de revenda ou, ainda, fixa o preço de revenda com o intuito de seu produto e, conseqüentemente, sua marca não desvalorizem.

Uma marca reconhecida e valorizada tem grande importância, e é bastante cobiçada pelos agentes econômicos. Tendo em vista que, em um mercado onde há concorrência entre os produtores, a marca possibilita ao comprador a equiparação entre o produto e a qualidade do produto, para a análise do ajustamento às suas necessidades.

O comprador irá procurar informações o tempo que for necessário para encontrar a relação entre a qualidade almejada e o preço pago. Esse processo de pesquisa e reconhecimento da melhor marca para satisfazer seus interesses demanda dinheiro e também tempo. Quando identificado pela marca, o produto que corresponde às suas necessidades, as despesas de pesquisa de qualidade de cada produto do mercado desaparecem, pois o produtor adequado já foi encontrado.¹¹⁸

No entanto, a relação entre a qualidade e o preço de um produto é direcionada mais para o consumidor final do que para um intermediário do comércio, posto que estes sejam bem informados, com a capacidade de avaliação de qualidade, e indiferentes a marca a imagem do produto.

Uma restrição vertical pode ajudar o fabricante a estabelecer uma uniformidade e uma normalização da qualidade dos seus distribuidores e, assim, contrair uma imagem positiva da marca e estimulando a atração do consumidor final pelo seu produto e, conseqüentemente, proporcionando uma elevação das vendas.¹¹⁹

¹¹⁷ GRIMES, Warren S. Free rider explanation for vertical agreements. In: PITOKSFY, Robert (Org.). How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. Oxford: Oxford University Press, 2008.

¹¹⁸ LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Propriedade intelectual: uma abordagem pela análise econômica do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82.

¹¹⁹ COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO EUROPEIA COMISSÃO EUROPEIA Orientações relativas às restrições verticais, Item 107, alínea “i”.

As Orientações Relativas às Restrições Verticais da Comissão Europeia concordaram que a delimitação do preço de revenda ajuda a manter uma boa imagem do produto e da marca.¹²⁰

Para os produtos populares, onde seu sucesso está relacionado com grandes vendas, a adoção do preço de revenda como fundamento para conservar a qualidade da marca ou sua imagem junto ao consumidor é equivocada.

2.5.5 Aumento da concorrência entremarcas

A delimitação do preço de revenda apenas provoca o aumento da concorrência entremarcas se o mercado em questão não for concentrado. Como essa delimitação pode causar uma redução significativa da concorrência intramarca, os agentes econômicos concentram seus esforços na concorrência entremarcas.

Ainda que exista a concorrência pelo não preço dentro da marca, é mais benéfico competir no mercado entremarcas, pois a possibilidade de atuação será maior, os agentes econômicos poderão competir na concorrência pelo preço e pelo não preço.¹²¹

O aumento da concorrência entremarcas ocorre tanto no mercado do distribuidor quanto no mercado do fornecedor, pois este último atua ativamente e possui o interesse que sua marca e produto valorizem, beneficiando, assim, o consumidor final e o mercado.

¹²⁰ COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO EUROPEIA COMISSÃO EUROPEIA Orientações relativas às restrições verticais, Item 119.

¹²¹ Na petição apresentada pela Federal Trade Commission, como amicus curiae, no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. versus PSKS, Inc., dba Kay's Kloset...Kay's Shoes*, foi demonstrada essa eficiência na delimitação do preço de revenda: Existe um consenso generalizado de opiniões de que a delimitação do preço de revenda, como restrição vertical não preço, pode ter uma variedade de efeitos favoráveis à concorrência que melhoram o bem-estar do consumidor. Ao reduzir a concorrência intramarca, a delimitação do preço de revenda pode estimular a concorrência entremarcas varejistas dando incentivos para promover a marca do fabricante da forma desejada pelos consumidores e pelo fabricante. Case No. 2:14-CV-2094-ES-MAH, *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), p. 17, disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/amicus_briefs/mylan-pharmaceuticals-inc.v.celgene-corporation/140617celgeneamicusbrief.pdf

Capítulo 3

3 Das regras *per se* à análise baseada em efeitos na União Europeia

3.1 Evolução dos regimes de defesa da concorrência na Europa

O impacto fundamental da criação do mercado único é amplamente apresentado e defendido no direito da concorrência nos ordenamentos jurídicos europeus. Seu início pode ser considerado como uma política de reação aos efeitos provocados pelo III Reich alemão, principalmente em relação à proteção que o Estado concedia às empresas ligadas ao regime, resultando em monopólios e abuso de poder. Então, por esse fato, o ordenamento jurídico alemão, pós Segunda Guerra Mundial, devido à força dos aliados vencedores, foi o primeiro da Europa Ocidental a determinar um quadro geral abordando a defesa da concorrência, cujo fundamento ainda consiste na proteção da liberdade da empresa e do comércio.

O direito da concorrência europeu, de inspiração continental, tem a preocupação não somente com as práticas adotadas pelas empresas, mas também com o comportamento dos Estados que podem exercer influência, mesmo que sensível, à concorrência entre empresas, nomeadamente materializada em auxílios estatais.

O início da criação da lei da concorrência na Europa consolidou-se na adoção de medidas favoráveis à concorrência com a assinatura do Tratado de Paris, criando assim a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) que proibia barreiras ao comércio e outros atos restritivos, que alteravam a concorrência entre os países que posteriormente fundaram a Comunidade Econômica Europeia (CEE). Por meio da assinatura do Tratado de Roma (1957)¹²² o direito da concorrência passou a exercer uma importância essencial na Europa.

O mercado interno, anteriormente denominado mercado comum, relacionado à livre circulação, competitividade e desenvolvimento econômico, tornava essencial a presença de regras concorrenciais, sendo positivadas no Tratado das Comunidades

¹²² Conforme o artigo 3º do TCE, n.º 1, encontra-se previsto nas alíneas g) e m), que para a CEE atingir os seus propósitos de crescimento contínuo e equilibrado, entre outros objetivos, isso implicaria um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno e o reforço da capacidade concorrência da indústria da Comunidade, respectivamente.

Europeias (TCE).¹²³ O principal objetivo da política de concorrência na Europa consistia na eliminação no sistema econômico de todos os tipos de discriminação com justificativa nacionalista, justificando então *per se* a forte posição adotada pela Comissão Europeia contra a discriminação de preços em uma base nacional e resultante arbitragem entre países, ou tentativas das empresas separarem os seus mercados pelas fronteiras dos mesmos.

A Comissão propõe, como sendo o principal objetivo da política concorrencial, a eficiência econômica e a aproximação dos mercados europeus, tendo-se em consideração também as questões de caráter social. As condicionantes sociais e políticas serão determinantes e irão exercer influência sobre a política concorrencial, e causará impacto em sua implementação, principalmente com a saída das empresas inaptas no mercado, gerando um número elevado de desempregados, mesmo que, em um período longo, a sua implementação fosse mais compensatória em relação às despesas sociais suportados em curto prazo.¹²⁴

A aprovação do Regulamento (CE) nº 1/2003 foi determinante, pois introduziu uma interrupção com a possibilidade inicial de elevada centralização dos processos de aplicação das normas comunitárias da concorrência na Comissão, estimulando a aplicação do direito comunitário da concorrência por parte das autoridades da concorrência e dos tribunais nacionais. Esboçado pela Comissão, o modelo de aplicação descentralizada envolveu a criação de uma rede de autoridades nacionais de concorrência, submetidas à coordenação e intervenção da Comissão, que também determinou a reforma de 2003 do direito português da concorrência e a criação da AdC.

A evolução da jurisprudência colaborou para essas transformações, traduzindo-se em uma análise mais minuciosa das decisões da Comissão, detectando lacunas na interpretação jurídico-econômica dos efeitos gerados no funcionamento dos mercados.

Sobre a implementação da política de concorrência no Reino Unido, é relevante enaltecer que, somente após a implementação do *Competition Act* de 1998, a sua lei de concorrência junto à União Europeia foi consolidada, sendo que anteriormente sua legislação era omissa de um sistema de sanções e em ferramentas de atuação, uma vez que,

¹²³ O Tratado das Comunidades Europeias proíbia, e ainda proíbe, todos os acordos entre empresas que tenham por objetivo ou impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum – atual artigo 101º, tal como proíbia (e proíbe) as empresas de explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste – artigo 102º.

¹²⁴ Motta, M., 2004, p. 15-16, *Competition Policy: theory and practice*, Cambridge.

era impossível realizar buscas e apreensões de documentos nas empresas, comprovando ser uma limitação forte no combate a atos predatórios.

3.2 A legislação da União Europeia

A necessidade de garantir uma concorrência leal e com eficiência, requer a implementação de uma política consistente que crie medidas necessárias para a defesa na concorrência. Primeiramente, deve-se acautelar o funcionamento eficiente dos mercados, para garantir uma concorrência equilibrada entre as empresas, é o principal mecanismo da economia do mercado e a base dos componentes de defesa da concorrência.

Na União Europeia, a defesa da concorrência, compete hoje à Comissão Europeia, por meio da Direção-Geral da Concorrência e as autoridades nacionais independentes (Autoridades da Concorrência AdC).

A Comissão Europeia é o principal órgão de aplicação das normas concorrenciais, detém o poder de decisão acerca das infrações, bem como de impor soluções e penalidades.¹²⁵ As decisões de tal órgão são possíveis de apelação em Corte Geral (baseada em Luxemburgo) e suas decisões podem ser levadas à Corte Europeia de Justiça, sendo essa a última instância recursal. Além de as decisões serem vinculantes, a Comissão pode também emitir documentos de política pública, a título de exemplos, as diretrizes, notificações e até mesmo um Guia de Análise mais informal, conforme exposto no artigo 102 do TFUE.

A Direção-Geral da Concorrência está subdividida em áreas que abordam variados domínios da concorrência, como por exemplo; o impedimento dos cartéis, estudo da estratégia e da política da concorrência, controle dos apoios de Estado e análise da concorrência em setores específicos da economia.

A legislação concorrencial europeia entrou em vigor com a adoção do Tratado de Roma, também conhecido como Tratado da Comunidade Europeia, e agora, após sucessivas modificações, é denominado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e o trabalho contínuo da Direção-Geral da Concorrência da UE é assegurar a aplicação dessa lei, no tocante a quatro aspectos primordiais: (i) os acordos colusivos entre as empresas (principalmente a formação de cartéis), conforme afetem

¹²⁵ Regulamento 1/2003 de 16.12.2002 sobre a implementação de normas concorrenciais estipuladas nos artigos 81 e 82 do Tratado, OJ. 2003, L 1/1.

substancialmente a concorrência; (ii) as fusões e aquisições, desde que prejudiquem significativamente a concorrência; (iii) o abuso de posições dominantes do mercado; (iv) as ajudas públicas indevidas.

A Direção-Geral também é responsável pelas relações externas da União Europeia, no âmbito concorrencial, e supervisa o trabalho desempenhado por autoridade nacionais da concorrência dos Estados-membros.

A legislação da concorrência europeia não possui somente o objetivo restritivo de proibir práticas anticoncorrenciais, mas também o de promover a indispensável competitividade da União Europeia no mercado global. A política concorrencial tem o foco principal no interesse dos consumidores, o resultado é o acesso aos bens e serviços em condições mais favorecidas, mas não desconsiderando os interesses das pequenas e médias empresas. Além de perseguir interesses mais específicos, como o desenvolvimento regional equilibrado da União Europeia.

Os Estados-membros perderam a soberania da concorrência na União Europeia, pois cada Estado-membro possui sua própria lei da concorrência, porém suas leis precisam ser de acordo com a lei europeia de concorrência e, havendo divergência a lei europeia sempre irá prevalecer.

As autoridades da concorrência de cada Estado-membro possuem autonomia para realizar a fiscalização das leis da concorrência em seu território, entretanto os casos de valores acima do determinado ou de maior significatividade, ou ainda os que envolvem muitos Estados-membros, competem à Direção-Geral da Concorrência da União Europeia a decisão. A Direção-Geral da Concorrência pode ser responsável por analisar qualquer caso diretamente, agindo em seu nome, ou por mandatos em certos casos, na defesa da concorrência no território europeu.

Para explanar as críticas dos estudiosos e operadores de que a abordagem da União Europeia a respeito dos acordos de exclusividade, venda casada e descontos condicionados e outras medidas que são tidas como excludentes era extremamente restritiva e distante do moderno pensamento econômico, a Comissão Europeia fez uma reforma que resultou com a adoção do seu Guia de Análise sobre a aplicação do artigo 102 do TFUE.¹²⁶

¹²⁶ Orientação sobre as prioridades de aplicação da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado da Comunidade Europeia com relação à conduta excludente abusiva por parte das empresas dominantes emitida em dezembro de 2008, [2009] OJ C45/7 (“Guia de Análise”). “In the Guidance Paper on the Commission’s

Os dispositivos principais são o artigo 101, o qual proíbe acordos anticoncorrenciais entre empresas, e o artigo 102, que veta as empresas dominantes de exercer abuso diante sua posição no mercado.

As restrições verticais anticoncorrenciais utilizadas pelas empresas dominantes são consideradas como abusos de excludentes conforme fecham o mercado para seus concorrentes. As autoridades e tribunais concorrenciais mundiais possuem grande dificuldade para desenvolver um padrão que possibilita diferenciar o fechamento do mercado anticoncorrencial da concorrência baseada no mérito.

Conforme a legislação americana, o estudioso Einer Elhauge argumenta que, por muitos anos a doutrina da monopolização tem sido administrada por um modelo vago e inepto.¹²⁷ Fazendo menção à jurisprudência das cortes da União Europeia, Temple Lang e O’ Donoghue, declararam em 2005 que, nenhuma definição aplicada, sobre abuso de excludentes, tinha um conteúdo normativo considerável para a aplicação do *ex ante* como uma regra normativa pelas empresas para decidirem sobre, suas políticas de preços ou para adoção de condutas.¹²⁸

Ambos os autores opõem-se à aplicação de padrões fundamentados em conceitos vagos, como aquele que afirma que o abuso de excludentes teria resultados a partir da adoção de mecanismos distintos daqueles que condicionam a concorrência normal em relação a seus produtos e serviços,¹²⁹ uma prática que não é concorrencial por mérito ou não esteja em acordo com a responsabilidade especial que as empresas dominantes perante seus concorrentes menores.¹³⁰

Esses conceitos vagos foram um dos motivos que levaram a Comissão a adoção do Guia de Análise sobre a aplicação do artigo 102, que possui uma definição mais sólida dos abusos de excludentes.

Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?” in F. Etro e I. Kokkoris, Eds, Challenges in the Enforcement of Article 102, Oxford University Press, 2010.

¹²⁷ Einer Elhauge, Defining Better Monopolization Standards, 56 Stanford Law Review 253, 2003.

¹²⁸ J. Temple Lange e R. O’ Donoghue, “The Concept of Exclusionary Abuse under Article 82”, GCLC Research Paper on Article 82, July 2005, mimeografado.

¹²⁹ Caso 85/76 Hoffman-La Roche vs. Commission, 1979, ECR 461, parágrafo 91.

¹³⁰ Caso 322/81, Michelin vs. Commission, 1983, ECR 3461, parágrafo 57.

3.3 Abordagem formalista seguida pelas cortes da União Europeia e pela Comissão

Nos últimos tempos, uma das críticas constantes em relação a práticas decisórias da Comissão e também da jurisprudência das Cortes da União Europeia no que concernem aos abusos excludentes, era a ausência de alinhamento da Comissão e do poder Judiciário com o pensamento econômico moderno.

As razões se fundamentavam em, decisões de casos conforme considerações formais, como a natureza de certa conduta ao invés de seus efeitos sobre a concorrência e o bem estar do consumidor final; e também as eficiências resultadas da conduta da empresa dominante que não eram levadas em consideração ou eram insuficientes. Isso acarretou em uma jurisprudência muito desfavorável às empresas dominantes, que, em alguns casos, deixaram de adotar as condutas pró-competitivas por receio de tal ato ser enquadrado no artigo 102.

As restrições verticais adotadas pelas empresas dominantes eram tratadas de forma particularmente rígida pela Comissão Europeia e as cortes da União Europeia.

3.4 A experiência da União Europeia

3.4.1 Hoffmann-La Roche vs. Comissão das Comunidades Europeias

A Comissão e as cortes da UE optam por uma abordagem rígida com relação aos acordos de exclusividade. Em Hoffmann La-Roche, o líder mundial responsável por produção de vitaminas, Roche, havia estabelecido contratos de venda com 22 grandes e reconhecidos compradores de vitaminas em troca dos mesmos se comprometerem a adquirir a totalidade ou a maior quantidade possível de vitaminas exclusivamente da Roche, ou ainda, mediante um incentivo para compra de uma grande quantidade de produto por meio de promessa de desconto.

A Comissão chegou à conclusão de que esses contratos violavam o artigo 102 do TFUE, e em fase de recurso, o Tribunal Europeu de Justiça confirmou a decisão da Comissão anunciando que se uma empresa estiver em posição dominante no mercado e vincular seus compradores, independentemente de os mesmos solicitarem tal ato, por meio de uma obrigação ou promessa de sua parte de satisfazer suas necessidades exclusivamente

dessa empresa, estabelece o abuso de sua posição dominante conforme o disposto no artigo 102 do TFUE, seja a obrigação em fato tenha sido determinada sem nenhuma outra qualificação ou a concessão de um desconto tenha sido levada em ponderação.¹³¹

Sendo assim, o Tribunal Europeu de Justiça optou pela adoção de uma abordagem de quase uma ilegalidade *per se* perante as obrigações de um acordo de exclusividade alegando não ser considerado preciso analisar os efeitos dessas obrigações no mercado em questão. Tal posicionamento severo em um momento posterior foi confirmado no julgamento em que o Tribunal Europeu de Justiça afirma que o conceito de abuso tem a premissa de inclusão de qualquer obrigação de obtenção de suprimentos unicamente de uma empresa em posição dominante, que venha a beneficiar esta empresa.¹³²

Hoffmann-La Roche foi a primeira decisão importante do Tribunal Europeu de Justiça no tocante aos descontos. O montante total do desconto oferecido pela Roche para seus compradores exclusivos era diferente conforme o cliente, e normalmente sofria variações entre 1% e 5%, embora alguns clientes terem recebido descontos entre 12,5% a 20%.

Em sua decisão, o Tribunal Europeu de Justiça tomou, em face dos descontos, uma posição idêntica à aplicada á Roche com relação ás obrigações de exclusividade. Declarou que uma a empresa dominante também violava o artigo 102 do TFUE se, tal empresa, sem estabelecer vínculo com seus clientes por meio de uma obrigação formal, aplica-se, conforme os termos dos contratos firmados com esses compradores, ou unilateralmente, um método de descontos de fidelidade, isto é, descontos condicionados a aquisição, pelo comprador, da totalidade ou maior parte de suas necessidades da empresa que possui posição dominante.¹³³

A ECJ declarou que esses descontos não condiziam com o objetivo de concorrência sem interferência dentro de um mercado comum, pois não são fundamentados em uma transação econômica que demonstre esse encargo ou benefício, e sim propostos para privação ou restrição do comprador de provável alternativa de fontes de fornecimento, ou a recusa à entrada de outros produtores no mercado.¹³⁴

¹³¹ Caso 85/76 Hoffmann-La Roche VS Commission, 1979, ECR-461, § 89.

¹³² Caso 85/76 Hoffmann-La Roche VS Commission, 1979, ECR-461, § 121.

¹³³ Caso 85/76 Hoffmann-La Roche VS Commission, 1979, ECR-461, § 89.

¹³⁴ Caso 85/76 Hoffmann-La Roche VS Commission, 1979, ECR-461, § 90.

Também foi estabelecida uma diferenciação entre descontos de fidelidade e descontos por volume, alegando que a diferença consiste na vantagem financeira e o impedimento aos compradores quanto à aquisição de seus produtos por meio de fabricantes concorrentes, que acontece nos desconto por fidelidade.

Sendo assim a ECJ aplicou medidas rígidas em relação aos descontos oferecidos pelas empresas dominantes, sendo elas, a adoção da norma de ilegalidade *per se* em desfavor aos descontos por meio de fidelidade; a mesma medida em face dos descontos por volume, uma vez que estes violam o artigo 102 do TFUE, com exceção quando os descontos são proporcionais à economia de custo que a empresa dominante consegue com a venda de uma quantidade maior aos compradores; e a não avaliação dos efeitos ocasionados pelos descontos concedidos pela empresa dominante sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor final.

Houve outras decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Justiça em face dos descontos entendendo que, os descontos em longo prazo de referência têm uma possibilidade maior de se tornarem anticoncorrenciais perante os descontos de um período menor de referência; os regimes de descontos que possuem termos e condições não bem especificados possuem maior possibilidade de se tornarem anticompetitivos perante os regimes de descontos transparentes e bem estabelecidos; os descontos retroativos, ou seja, os descontos concedidos apenas depois da compra de um determinado volume de produtos, se atingido, porém que haja retroatividade para a unidade comprada anteriormente, são consideradas anticoncorrenciais.

Entretanto, alguns estudiosos notaram que, ao contrário a convicção comum, o Tribunal Europeu de Justiça não aplica a norma da ilegalidade *per se* aos descontos concedidos por parte das empresas dominantes, tendo em vista ter comentado, em alguns casos, que os efeitos dos descontos devem ser levados em consideração e está disposta a ponderar justificativas objetivas.¹³⁵

¹³⁵ Caso T-219/99, British Airways plc vs. Commission, 2003, ECR II-5917 e Caso C-95/04 P British Airways plc vs. Commission, 2007 ECR I 23-2331.

3.4.2 Deutsche Grammophon Gesellschaft vs. Metro

O caso que envolveu Deutsche Grammophon Gesellschaft vs. Metro¹³⁶ foi julgado pela Corte de Justiça Europeia em 1971. A Deutsche possuía mercado em vários países da União Europeia e delimitava o preço fixo de revenda para seus distribuidores, sendo a Metro a distribuidora situada na França, no entanto, a Metro obtinha os discos e os revendia na Alemanha a preços menores que os distribuidores na Alemanha.

Então a Deutsche entrou com uma ação em desfavor da Metro, tendo em vista que a delimitação do preço de revenda na Alemanha era, naquela época, tida como ilícita. Porém, a Corte de Justiça Europeia considerou essa restrição vertical como proibida conforme as normas de concorrência previstas no Tratado de Roma.

Naquela altura, foi julgado o caso Metro vs. SABA,¹³⁷ em que a Metro era uma distribuidora de equipamentos eletrônicos e a mesma contestou a política de distribuição seletiva da SABA, que não aceitava realizar a venda para aqueles que não satisfaziam as condições impostas por eles.

O entendimento da Corte foi que a concorrência por meio de preços não é o único método para concorrer, e a delimitação do preço de revenda em um estágio estabelecido não define, obrigatoriamente, infrações à ordem econômica.

Esse processo teve duas fases, na primeira a Metro ingressou em juízo contra a Comissão Europeia questionando a isenção individual outorgada ao sistema de distribuição seletiva da SABA, e foi julgado como improcedente; a segunda fase, já em 1985, mais uma vez a Metro ingressou com nova demanda, e novamente foi julgada como improcedente, em 1986.

No ano de 1982 o caso Metro foi utilizado pela AEG-Telefunken, para a intervenção no apuramento de sua política de delimitação do preço de revenda diante seus distribuidores. Porém a Corte de Justiça afirmou que os distribuidores não possuíam a obrigação de seguir o preço estipulado pela SABA, que diferentemente do caso AEG que determinou a obrigação quanto aos preços de revenda.¹³⁸

¹³⁶ Caso 78/70.

¹³⁷ Caso 26-76, de 25 de outubro de 1977.

¹³⁸ Caso 107/82.

3.4.3 Pronuptia de Paris vs. Schillgallis

O conhecido caso Pronuptia de Paris foi julgado em 1986. A empresa francesa Pronuptia de Paris GmbH de Francfort-sur-le-Main, foi criada em 1958, atuava no mercado de roupas e produtos referentes a casamento.

Na Alemanha, país onde o caso foi debatido, a distribuição dos produtos se dava por meio de subsidiários e de revendedores independentes que acordavam contratos de franquia e utilizavam lojas sob a marca Pronuptia de Paris. A franqueadora, Pronuptia Paris, concedia ao franqueado o direito exclusivo de utilizar a marca em determinadas localidades de venda, e assessoria especial, firmada em contrato de franquia. E o retorno era feito através de pagamento de *royalties*. Assim, a franquia, Pronuptia de Paris GmbH, firmou contrato com a franqueada MmeSchillgallis de Hambourg, que, usando a denominação Pronuptia Paris, fazia revenda dos produtos em Hambourg, Oldenbourg e Hanovre.

O problema iniciou quando Mrs. Schillgallis, que possuía franquias em algumas cidades alemãs, passou a questionar o sistema de pagamento por meio dos *royalties* adotados pela franqueadora, posteriormente declarou que, o acordo de franquia havia violado o artigo 81, §1º, do Tratado.

O fato concentrava-se em determinar se os acordos de franquia de distribuição, em especial no caso territorial, violavam o exposto no §1º do artigo 81 do Tratado. Então a Corte de Justiça da Europa considerou que as isenções do §3º do artigo 81 eram aplicáveis ao caso.

O padrão de contrato de franquia adotado pela rede de distribuição da Pronuptia aperfeiçoava a produção e distribuição dos produtos, uma vez que, o franqueado possuía um investimento menor que teria para ter sua própria rede de varejo, além da reputação já estabelecida pelo franqueador, da competência e do marketing, que possibilitaria uma quantidade maior de volume de negócios a um custo reduzido.

O franqueado em questão, em virtude da condição imposta pela exclusividade territorial e de sua proximidade com o mercado, poderia prever com antecipação as vendas futuras, o que era um benefício para o franqueador, pois facilitava o planejamento de sua produção e a garantia do abastecimento regular dos produtos. Foi especificado, ainda, que

a rede Pronuptia concorria com fabricantes e fornecedores de outros países, além da competição entre os próprios franqueadores.

Foram investigadas diversas práticas de restrições no caso em questão, entre elas o preço delimitado, e a Comissão considerou que, desde que não existisse uma obrigação para cumprir o preço, o mesmo seria exclusivamente indicativo, não havendo então prejuízo para concorrência, aplicando então todas as hipóteses do § 3º ao caso.

3.4.4 Van den Bergh Foods vs. Comissão das Comunidades Europeias

No caso Van den Bergh Foods a Comissão adotou uma abordagem mais flexível no tocante aos acordos de exclusividade. Tal empresa era produtor dominante de sorvetes em embalagens unitárias para consumo imediato e havia fornecido, durante anos, *freezers* gratuitamente aos varejistas de sorvete, porém os produtos utilizados no *freezer* deveriam ser unicamente os seus. Aproximadamente 40% dos postos de venda disponíveis estavam vinculados por essa obrigação de exclusividade. Então a Comissão entendeu que tal prática dessa empresa violava expressamente o artigo 102 do TFUE.¹³⁹

A decisão da Comissão foi expressa ao determinar que, para as finalidades da aplicação do artigo 102 do TFUE, a situação em que abrange os contratos, principalmente, seus efeitos na estrutura da concorrência do mercado relevante, é necessário levar em consideração para que seja estabelecida a presença de abuso.

Em grau de recurso, a Corte Geral manteve a decisão da Comissão, especificando que, o fato de uma empresa dominante no mercado exercer a vinculação de 40% dos postos de venda no mercado relevante através de uma cláusula que contenha acordo de exclusividade, que na verdade gera pontos de venda exclusivos, configura abuso de posição dominante da empresa de acordo com artigo 102 do TFUE.

Essa cláusula de exclusividade possui o efeito de restringir que os varejistas façam vendas de produtos de outras marcas, mesmo havendo demanda para essa outra marca, e também a restrição ao acesso no mercado relevante por fabricantes concorrentes.¹⁴⁰

A Comissão tem que levar em consideração que, a análise dos efeitos causados por meio das obrigações dos contratos de exclusividade deve ser inserida na avaliação da compatibilidade dessa obrigação com o artigo 102 do TFUE.

¹³⁹ Decisão 98/531/EC, Van den Bergh Foods, 1998 O.J., L 246/1.

¹⁴⁰ Caso T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd. vs. Commission, 2003, ECR II-4653, §160.

3.4.5 Consten-Grundig vs. Comissão das Comunidades Europeias

Esse caso está relacionado à divisão de mercado que pode provocar prejuízos ao relacionamento vertical. A empresa Grundig era fabricante de rádios, gravadores e televisões, onde a empresa Consten era a representante exclusiva na França, que era responsável pela comercialização desses produtos, e era proibida a representação de empresas germânicas, assim como a venda de produtos concorrentes.¹⁴¹

A par disso, marca Ginta, propriedade da Grundig, era utilizada exclusivamente pela Consten, como método de proteção e representação exclusiva das importações paralelas. A relação de negócios entre Grundig-Consten gerou um incômodo para os concorrentes que possuíam a vontade de comercializar os produtos.

A Corte de Justiça da Europa declarou que havia sido violado o § 1º do artigo 81, estabelecendo que as empresas deveriam renunciar todas as medidas que pudessem vir a dificultar ou restringir terceiros a obter os produtos incluídos pelo contrato de revenda feito pela Consten-Grundig.

As isenções previstas no § 3º não foram adotadas nesse caso, pois, embora alguns benefícios admitidos pela decisão, como por exemplo, a redução de preços ao consumidor, a proteção territorial foi tida como prejudicial para a realização do mercado comum, impedindo a liberdade de circulação.

3.4.6 Microsoft vs. Comissão das Comunidades Europeias

O caso que chamou a atenção da opinião pública como em escassos casos de aplicação das regras concorrenciais, iniciou em 1999, e teve como partes a Comissão Europeia em desfavor da Microsoft. A Comissão proferiu apenas um número reduzido de decisões concernente a vendas casadas e pacotes, sendo sua decisão mais conhecida, a qual estabeleceu uma sentença no valor de € 497 milhões de euros, causando comentários sarcásticos do então assistente Attorney General Hewitt Pate, que lamentou a determinação de uma multa equivalente às mais altas que são aplicadas em casos de cartelizações.¹⁴²

¹⁴¹ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Consten & Grundig vs. Commission. Application for Annulment of the Decision of the Commission of 23 September 1964 under Article 85 of the Treaty (Iv/A- 00004-03344 ‘ Grundig-Consten ‘). C-56/64 e 58/64. Relator: Juiz Trabucchi. Luxemburgo, 13 jul. 1966. ECR, Edição especial inglesa. 1966. p. 299.

¹⁴² Decisão da Comissão, de 24-03-2004, Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft

Esse caso é de extrema importância, uma vez que, trata diretamente do abuso da posição dominante no mercado e dos deveres que devem ser impostos as empresas que exercem práticas anticompetitivas.

Na decisão prolatada pela Comissão, constatou-se que a Microsoft ao vincular o Windows Media Player ao seu sistema operacional, violou expressamente o artigo 102º. A Comissão considerou que a venda casada anticompetitiva exige a presença de certos elementos, como por exemplo, os produtos principais e os vinculados são dois produtos independentes; a empresa envolvida ocupar uma posição dominante no mercado; a empresa envolvida não conceber aos seus clientes a opção de escolha para a aquisição do produto vinculado sem obter o produto principal; e a venda casada de fato restringir a entrada de concorrentes no mercado.

O processo foi instaurado através de uma denúncia apresentada pela Sun Microsystems em 1998, alegando abuso de posição dominante pela então ré Microsoft, uma vez que, a mesma se negou a fornecer informações sobre campos de interações precisos para o desenvolvimento de produtos capazes de relacionar com os computadores pessoais inseridos em rede de informática locais, prática que foi considerada pelo autor como suscetível de eliminação da concorrência no mercado de sistemas operativos de servidores para redes de trabalho, mercado esse que a Sun estava presente.

Posteriormente a investigação seria abrangida a venda casada de pacotes do sistema Windows com variados produtos de software, sendo um deles o Windows Media Player (WMP). A Comissão entendeu que o WMP e o Windows eram dois produtos separados. Então, a diferenciação entre os produtos teve a necessidade ser avaliada, haja vista a demanda do consumidor e, conforme a Comissão, o simples fato de o mercado fornecer *media players* separadamente demonstra a existência de uma demanda específica do consumidor para *media players* que pode ser diferenciada da demanda do cliente por sistemas operacionais para computador. Constatando então, que o WMP e o Windows eram produtos separados e ainda, que a Microsoft ocupava uma posição dominante no mercado de sistemas operacionais para computador.

O *streaming media players* são definidos como aplicações onde sua função principal consiste em decodificar, descompactar e reproduzir ficheiros de áudio e vídeo, descarregados ou emitidos pela internet. A Comissão não considera tal mercado como caracterizador de uma ocupação de posição dominante da Microsoft, mas sim, como o

mercado onde atuam agentes econômicos que são excluídos devido à subordinação ao WMP.

O nível de poder de mercado, indiciado pela relevância da quota de mercado e a relação presente entre as principais concorrentes propende a exercer influência não somente na determinação da posição dominante, mas também ao alcance dos deveres expostos no artigo 102º do TFUE, em relação ao possível efeito de restrição da concorrência. E a Microsoft estava notoriamente em uma posição aproximada do monopólio em um mercado em que não havia barreiras legais à entrada.

A Comissão destaca então algumas características primordiais da posição em que a Microsoft ocupava como o fato de, possuir praticamente todo o controle do mercado relevante. Qualificando assim a posição dominante devido aos fatores de elevadas quotas¹⁴³ de mercado e a presença de barreiras à entrada.

A Comissão ainda estabeleceu que, os consumidores não possuíam a opção de escolha para aquisição do produto principal sem o produto vinculado, já que a Microsoft disponibilizava apenas o Windows por meio da aquisição simultânea do produto vinculado. Foi observado também que o fato nos clientes não necessitarem efetuar o pagamento de nenhum montante adicional para ter o produto vinculado, no caso o WMP, não era uma consideração importante, uma vez que o artigo 102 do TFUE, “d”, sugere que “para mostrar coerção, os clientes precisam ser forçados a usar produto vinculado.”¹⁴⁴

Em relação ao fechamento do mercado a Comissão considerou que a venda casada possui efeitos prejudiciais à concorrência, declarando que há circunstâncias no tocante à vinculação do WMP que necessitam uma análise mais minuciosa dos efeitos que tal vinculação exerce sobre a concorrência no presente caso.

Enquanto nos casos clássicos de venda casada a Comissão e as Cortes levam em consideração que o efeito de fechamento de mercado para os vendedores concorrentes haviam sido constatados pelo pacote de um produto separado com um produto dominante, no caso em questão, os clientes podem e às vezes conseguem adquirir *media players* de

¹⁴³ Quanto às quotas de mercado, a posição da Microsoft situava-se, em 2002, entre os 93,8% (em unidades) e os 96,1% (em valor) e entre 64,9% (em unidades) e 61% (em valor), nos mercados de sistemas operativos para clientes PC e servidores, respectivamente. Os únicos concorrentes com alguma expressão ocupavam quotas marginais, incluindo a Apple, com o MAC OS (2,9% em unidades e 2,2% em valor) e o Linux (2,8% em unidades e 0,4% em valor). No considerando 435, a Comissão, apoiando-se nas conclusões do Advogado-Geral Fennelly no caso *Compagnie Maritime Belge*, qualifica a posição da Microsoft como próxima de um monopólio completo e correspondente a uma posição esmagadoramente dominante.

¹⁴⁴ Decisão da Comissão, de 24 de março de 2004, Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft, § 832.

terceiros mediante a Internet, e em determinadas circunstâncias gratuitamente. Há razões consolidadas para não haver presunção, sem exames mais acurados posteriormente, que comercializar o WMP é constitui uma conduta que, por si própria, é suscetível a fechamento de mercado a concorrência.¹⁴⁵

Foi considerado então pela Comissão que, a abordagem formalística aplicada à venda casada nas suas decisões tomadas anteriormente necessitavam ser substituídas por uma abordagem baseada em efeitos que a própria Comissão estava começando a promover na época. Em consequência, surgiu a análise fragmentada em três etapas.

Na primeira etapa, a Comissão notou que, como o Windows estava presente em mais de 90% dos computadores, a vinculação do WMP ao Windows proporcionava ao WMP uma ubiqüidade sem precedentes no mercado. A Comissão também rejeitou a opinião de que outros vendedores de *media player* poderiam contrabalancear a ubiqüidade do WMP através de outras formas de distribuição, como por exemplo, os contratos de instalações de OEMs, que são os fabricantes de equipamentos originais, ou baixar gratuitamente o software da internet, e dentre outros. A presença quase monopolista do WMP nos computadores representava então, uma expressiva vantagem competitiva para a Microsoft.

Segundo, a Comissão observou que essa vantagem competitiva poderia induzir os provedores de conteúdo a codificar seu conteúdo primariamente em formato que seria compatível com o WMP e os vendedores de aplicativos a desenvolver aplicativos primariamente para o WMP. A existência de fortes efeitos de rede poderia, em último caso, fazer com que o mercado propender em favor da Microsoft.

Por fim, a Comissão analisou os desenvolvimentos do mercado na indústria de *media players* e constatou uma predisposição benéfica à Microsoft. Em solução contra tal violação, a Comissão impôs que a Microsoft concedesse uma versão do Windows para os clientes de computadores que não incluísse o WMP.

Posteriormente, a Microsoft recorreu junto a Corte Geral da decisão tomada pela Comissão, sendo proferida a sentença em setembro de 2007. Em sua decisão a Corte Geral sustentou a posição da Comissão no que concernia aos sistemas, operacionais para computadores e *media players* serem diferentes, à Microsoft ocupar uma posição dominante no mercado para sistemas operacionais; e à condição coercitiva ser definida na

¹⁴⁵ Decisão da Comissão, de 24-03-2004, Caso COMP/C-3/37.792 Microsoft, §835.

medida em que a Microsoft não disponibiliza a opção para os clientes quanto a aquisição do Windows sem o WMP.

Em relação ao fechamento do mercado, a Corte Geral, se afastou da abordagem baseada em efeitos seguida pela Comissão em sua decisão. Conforme disposto explicitamente no §1058 da sentença em que é declarado que, a observação da Comissão referente à presença quase monopolista do WMP nos computadores determinava uma vantagem competitiva para a Microsoft.

Constatou-se então que, o quarto elemento constitutivo de um empacotamento abusivo estava presente no caso em questão, as observações feitas não foram fundamentadas em nenhuma teoria nova ou meramente especulativa, e sim na natureza da conduta impugnada, nas condições do mercado e nas características fundamentais dos produtos relevantes. Foi baseada em provas analisadas minuciosamente, confiáveis, consistentes que a Microsoft, ao contestar que eram simples conjecturas, não conseguiu provar que eram incorretas.

Conforme a Corte Geral, é o bastante demonstrar que o WMP é ubíquo nos computadores para a comprovação de que a venda casada em questão realmente proporciona uma vantagem competitiva que outros competidores não conseguem reproduzir. Uma vez comprovada a vantagem competitiva, torna-se obsoleto a comprovação que a venda casada produz efeitos de fechamento no mercado analisado.

3.5 O Guia de Análise de 2008¹⁴⁶

Os passos seguintes para a Comissão não estavam bem definidos, uma vez que havia especulações se, por exemplo, o Documento de Discussão seria convertido em diretrizes. Apesar de os membros da Comissão enfatizarem regularmente que a intenção da Comissão de seguir uma abordagem baseada em efeitos, nada foi feito durante um período de quase três anos antes de a Comissão publicar um Guia de Análise sobre suas prioridades de aplicação do artigo 82 do Tratado da Comunidade Europeia (atualmente o artigo 102 do

¹⁴⁶ Para a elaboração desse capítulo foi utilizado o material disponibilizado no Jornal Oficial da União Europeia, 24-02-2009, COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES E DOS ÓRGÃOS DA UNIÃO EUROPEIA COMISSÃO Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (Texto relevante para efeitos do EEE) (2009/C 45/02). Disponível em: [http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Orientacao_aplicacao_art82_2009.pdf].

TFUE) para práticas excludentes abusivas por empresas dominantes. Esse documento é único em seu gênero visto que determina as prioridades executórias que irão guiar as ações da Comissão diante da aplicação do artigo 102 em relação às condutas excludentes das empresas dominantes.¹⁴⁷

A Comissão não estabelece ou altera a forma como o artigo 102 deve ser interpretado, compete unicamente a ECJ, porém demonstra as situações em que a conduta de certa empresa dominante tem a possibilidade de estar sujeita à interferência da Comissão.¹⁴⁸

O Guia de Análise concentra apenas nas condutas excludentes abusivas, não abordando as condutas exploradoras abusivas e a discriminação de preços. Tenta disponibilizar uma definição sobre o fechamento anticompetitivo do mercado e assinala que a Comissão irá seguir uma abordagem baseada em efeitos na execução do artigo 102 do TFUE.

O Guia de Análise define o fechamento de mercado como sendo uma circunstância em que a entrada de concorrentes atuais ou potenciais aos fornecedores ou mercados é restringida ou excluída em consequência de práticas da empresa dominante, e tem como resultado a probabilidade da empresa dominante elevar seus preços lucrativamente prejudicando assim os consumidores.

Essa definição propõe que seja realizado um teste dividido em duas etapas para que uma conduta específica seja considerada anticoncorrencial. Conforme esse teste, a Comissão deve primeiramente demonstrar a existência do fechamento e então comprovar que esse ato venha a ter a probabilidade de causar danos aos consumidores.

A menção em relação ao bem estar dos consumidores tem importância, pois sugere que uma prática que poderia vir afetar a estrutura da concorrência para a exclusão dos concorrentes com menos eficiência, embora não afetasse o preço, qualidade e inovação dos produtos, e assim, não prejudicando os consumidores, não seria então necessário à Comissão impor uma punição baseada nos termos do artigo 102 do TFUE. Sendo assim, a

¹⁴⁷ Orientação sobre as prioridades de aplicação da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado de Roma da Comunidade Europeia com relação à conduta excludente abusiva por parte das empresas dominantes emitida em dezembro de 2008.

¹⁴⁸ Decisão da Comissão de 13-05-2009, COMP/37-990 Intel, disponível em: [HTTP://ec.europa.eu/competition/sectors/ict/Intel.html], no § 916: “O Guia de Análise não pretende constituir uma declaração de direito e não discute o mérito da interpretação do artigo 102 pela Corte de Justiça ou a Corte de Primeira Instância. Como um documento que objetiva estabelecer prioridades para os casos que a Comissão examinar no futuro, não se aplica a procedimentos iniciados anteriormente à sua publicação, como neste caso”.

provável existência de uma lesão aos consumidores provocará a intervenção por parte da Comissão.

O Guia de Análise destaca então diversos fatores que serão essenciais para a análise do fechamento, e até mesmo a posição da empresa dominante, a posição dos fornecedores e consumidores, a extensão da comprovada prática abusiva e as suposições existentes sobre o fechamento do mercado de todas as estratégias excludentes.

O Guia de Análise informa que a Comissão normalmente irá adotar uma abordagem baseada nos termos do artigo 102 do TFUE sempre que existir uma evidência convincente, de que a mencionada conduta abusiva irá proporcionar um fechamento anticompetitivo. Pressupõe ainda que, a análise de certa prática será feita mediante a comparação de circunstâncias efetivas ou prováveis futuras no mercado relevante, com uma comprovação adequada das condutas comerciais estabelecidas.¹⁴⁹

No Guia de Análise há uma seção que aborda as condutas excludentes baseadas em preços, onde é declarado que para prevenção do fechamento anticompetitivo, a Comissão normalmente intervirá apenas quando a conduta em questão já tiver impedido ou for capaz de impedir a concorrência por parte de concorrentes considerados igualmente eficientes como a empresa dominante. A concorrência não tem por objetivo a proteção de concorrentes menos eficientes, então o teste do concorrente igualmente eficiente é correto, embora sua aplicação, as vezes, apresentar dificuldades significativas.

Os processos em busca de melhores práticas em uma determinada empresa que conduzem ao desempenho superior, que a Comissão utiliza para a realização do teste do concorrente igualmente eficiente, são os custos evitáveis médios (AAC) e os custos incrementais médios de longo prazo (LRAIC).

Em prática, no momento em que o preço de um produto não é o bastante para saldar o AAC de produção do produto mencionado, quer dizer que a empresa dominante renuncia os lucros no curto prazo e que os concorrentes igualmente eficientes não irão conseguir fornecer um serviço ou produto aos seus consumidores sem sujeitar-se a perdas. Quando não consegue cobrir o LRAIC, indica que a empresa dominante não está recuperando a totalidade dos custos fixos da produção do serviço ou do bem em questão e que o concorrente igualmente eficiente teria possibilidade de ser eliminado do mercado.

¹⁴⁹ Guia de Análise, §21

O Guia de Análise presume que, caso os dados sejam bem especificados e sugerirem que um concorrente igualmente eficiente pode concorrer realmente com a prática de preços da empresa dominante, a Comissão, primeiramente deverá concluir que essa conduta não possui a probabilidade de gerar um impacto efetivo contrário à concorrência e aos consumidores e, assim raramente irá intervir. Mas, se os dados sugerirem que o preço recolhido pela empresa dominante tem um possível potencial de excluir os concorrentes igualmente eficientes, a Comissão agregará essas informações na avaliação geral do fechamento anticoncorrencial, tendo em consideração outros fatos quantitativos e qualificativos relevantes.

Essa análise é necessária uma vez que evidencia que, sob o Guia de Análise, o desempenho do teste entre o preço e o custo é essencial, porém não o bastante para constatar o fechamento do mercado. Apesar de um teste entre o preço e o custo pode determinar que, ao possibilitar descontos elevados a um cliente, a empresa dominante pode estar impossibilitando que os concorrentes igualmente eficientes forneçam a esse cliente, a demanda do cliente pode não ser suficiente para a eliminação dos concorrentes eficientes do mercado.

O Guia de Análise indica que a Comissão pretende examinar as alegações das empresas dominantes de que suas práticas sejam objetivamente justificadas ou que gerem eficiências suficientes para a garantia no bem-estar dos consumidores, evitando que os mesmos sofram prejuízos.

No tocante às eficiências, a empresa dominante que adotar a conduta que leva ao fechamento do mercado aos concorrentes, necessita comprovar através de evidências que as seguintes condições foram satisfeitas: (i) “as eficiências foram, ou têm a probabilidade de serem realizadas como resultado da conduta”; (ii) “a conduta é indispensável para a realização dessas eficiências”; (iii) “as prováveis eficiências resultantes da conduta em questão suplantam quaisquer efeitos provavelmente negativos sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor nos mercados afetados”; (iv) “a conduta não elimina a concorrência efetiva, ao remover todas ou a maioria das fontes existentes de concorrência real ou potencial”.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Orientação sobre as prioridades de aplicação da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado de Roma da Comunidade Europeia com relação à conduta excludente abusiva por parte das empresas dominantes emitida em dezembro de 2008, § 30.

Então a Comissão aceita as defesas referentes à eficiência, desde que condições comparáveis àquelas dispostas no artigo 101,3 do TFUE sejam satisfeitas.¹⁵¹ É questionável se muitas empresas dominantes que se engajam em uma conduta que gera o fechamento anticompetitivo conseguirão satisfazer esse teste, tendo em vista que as condições são particularmente rígidas quando postas em contexto de dominação. Em todas as hipóteses as empresas definidas como ultradominantes não conseguem a aprovação nesse teste, uma vez que o Guia de Análise dispõe que: “a conduta excludente que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio normalmente não conseguirá ser justificada com base na alegação de que também cria ganhos de eficiência”.¹⁵²

3.6 Princípio da Concorrência em Portugal

O principal elemento de uma economia de mercado e fundamentos relacionados à defesa da concorrência, é a função de garantir o funcionamento eficiente dos mercados e o equilíbrio concorrencial. Esse princípio é umas das orientações fundamentais não apenas de uma ordem jurídica comunitária, mas também na ordem jurídica portuguesa.

Sendo assim, de forma a atingir as finalidades que o artigo 81º al f) da Constituição da República Portuguesa¹⁵³ importa reprimir as práticas restritivas da concorrência, isto é; impedir os abusos de posição dominante; impedir as operações de concentração; regular auxílios estatais e regular serviços de interesse econômico geral.

É importante ressaltar que os preceitos constitucionais abrangem a todas as empresas, incluindo as empresas públicas. A Constituição Econômica assegura então, a presença de um setor público, mas proíbe que o favorecimento pelo Estado concedido as

¹⁵¹ Nos termos do art. 101, 3, uma contrato “que contribui para a melhoria da produção ou distribuição de produtos, ou para promover o progresso econômico ou tecnológico, e ao mesmo tempo garante aos consumidores uma participação justa nos benefícios resultantes, e que não: (a)impõem às empresas envolvidas restrições que não são indispensáveis para a realização desses objetivos; (b) dá a tais empresas a possibilidade de eliminar a concorrência com relação a uma parte substancial dos produtos em questão”, são compatíveis com o TFUE.

¹⁵² Orientação sobre as prioridades de aplicação da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado de Roma da Comunidade Europeia com relação à conduta excludente abusiva por parte das empresas dominantes emitida em dezembro de 2008, § 30.

¹⁵³ Artigo 81º, Incumbências prioritárias do Estado, alínea f), da Constituição da República Portuguesa: “Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.”

empresas que fazem parte desse setor em relação às demais concorrentes dos outros setores.

Em Portugal, após vários anos de experiência de aplicação dos diplomas que estabeleceram o regime nacional de desenvolvimento da defesa concorrencial, sentiu-se a necessidade de formar uma autoridade com prestígio e independência, que colaborasse, primeiramente, para garantir que as regras concorrenciais fossem respeitadas pelos agentes econômicos e outras organizações. Então, passando a exercer a função de proteção à concorrência, procedeu à criação da Autoridade da Concorrência e à aprovação dos respectivos estatutos – D.L. 10/2003, de 18 de Janeiro, determinando um grande avanço para o progresso do ordenamento jurídico da concorrência em Portugal. Com a aprovação deste diploma, revogou-se, portanto, o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, em relação à estrutura institucional de aplicação da legislação de concorrência.

Com abrangência em todos os setores da economia, a Autoridade da Concorrência une os poderes de apuração e punição de condutas anticoncorrenciais, antes divididos entre o Conselho da Concorrência (extinto pelo Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro) e a Direção-Geral da Empresa (DGE), assim como os da aprovação das operações de concentração de empresas dispostas a notificação prévia, conferida ao Governo.

Ao reconhecer à Autoridade o estatuto de independência compatível com a lei e a Constituição da República e ao conferir-lhe as atribuições, os poderes e os órgãos imprescindíveis ao cumprimento do seu dever, o Governo teve como objetivo a restauração da confiabilidade das instituições responsáveis pela defesa da concorrência em Portugal, e garantia da sua ampla inclusão no sistema comunitário e internacional de reguladores da concorrência. Reconheceu-se unidade orgânica às funções divididas, entre a Direção-Geral do Comércio e da Concorrência e o Conselho da Concorrência, comprovando ser eficiente para a instauração da credibilidade da política da concorrência em Portugal.

Tal entidade possui um caráter transversal no tocante à tarefa de defesa da concorrência, pois a Autoridade da Concorrência possui uma jurisdição que compreende todos os setores da atividade econômica, além de reunir, todos os poderes de investigação, punição de condutas anticompetitivas e a instruções dos correspondentes processos, e também os de autorização das operações de empresas sujeitas à notificação prévia, sem

prejuízo, relativamente aos setores objeto de regulação, da desejável e necessária articulação com as respectivas autoridades reguladoras setoriais¹⁵⁴

Por outro lado, destacou-se, sem prejuízo da criação de vias de recursos extraordinários, a desgovernalização do processo de apreciação preliminar das operações de concentração. O estatuto de independência que é atribuído à Autoridade, seja pela sua qualificação como pessoa coletiva de direito público de caráter institucional, ou pela atribuição de autonomia patrimonial e financeira, ou ainda pelas exigências para nomeação, durabilidade do mandato e regime de conflitos e restrições dos membros do órgão diretivo.

É importante ressaltar as modificações feitas no antigo regime dos recursos das decisões em matéria da concorrência, que passaram a ser contestáveis perante o Tribunal de Comércio de Lisboa, independentemente de serem proferidas em sede de processos de contra-ordenação ou de procedimentos administrativos. Através dessa medida pode-se evitar que algumas decisões sobre matérias da mesma natureza sejam apreciadas quer seja por tribunais judiciais, ou por tribunais administrativos.

As atribuições cometidas à Autoridade são, por esta, desempenhadas sem prejuízo do respeito pelo quadro normativo aplicável às entidades reguladoras setoriais. Em relação aos métodos de intervenção ou participação da Autoridade ou processos atinentes a domínios submetidos à regulação de setores, na medida necessária à salvaguarda dos objetivos prosseguidos pela legislação da concorrência, encontra-se estabelecidos por lei - articulação da Autoridade da Concorrência junto com as outras autoridades reguladoras dos setoriais. Sendo igualmente definidas as obrigações das autoridades reguladoras dos setores, em relação as práticas restritivas da concorrência de que possuam conhecimento no desempenho das suas funções, bem como à colaboração com a Autoridade.

As entidades reguladoras dos setores são: Banco de Portugal (BP); Instituto de Seguros de Portugal (ISP); Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM); Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP - ANACOM); Instituto Regulador das Águas e Resíduos (IRAR); Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF); Instituto Nacional de Aviação Civil

¹⁵⁴ Como previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de Janeiro; a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação para o desempenho das suas atribuições.

(INAC) e por fim temos o Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI).

A criação da Autoridade da Concorrência, em conjunto com o progresso e aprimoramento da legislação de defesa da concorrência, proporcionou o começo de um novo ciclo no quadro legal de funcionamento da economia portuguesa, garantindo sua integral inserção nos sistemas mais evoluídos e permitindo aos agentes econômicos dispor de um ordenamento jurídico concorrencial seguro e moderno, com capacidade de desenvolver um mercado mais eficiente. Conforme exposto no Decreto-Lei nº 10/2003, de 18 de janeiro, existem diversas atribuições, que competem à Autoridade da Concorrência prosseguir.¹⁵⁵

Na esfera do processo de modernização do direito comunitário, o Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho, de 16-12-2002, que entrou em vigor a partir de 1 de maio de 2004, foi estabelecido um regime de exceção legal, apresentando elementos essenciais para a descentralização da aplicação de regras comunitárias da concorrência, permitindo às Autoridades Nacionais, a par da Comissão, a aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE. Proporcionando importantes instrumentos legais para que as Autoridades Nacionais possam desenvolver as suas funções com maior êxito.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Como por exemplo, os termos presentes no Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, artigo 6º, d) Acompanhar a actividade das autoridades de defesa da concorrência em outros países e estabelecer, com elas e com os organismos comunitários e internacionais competentes relações de cooperação; g) Exercer todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas; h) Assegurar a representação técnica do Estado Português nos organismos comunitários ou internacionais em matéria de política de concorrência.

¹⁵⁶ Num sistema de competências paralelas, devem ser evitados os conflitos entre decisões, a fim de garantir o respeito pelos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras comunitárias de concorrência. Por conseguinte, é necessário clarificar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os efeitos das decisões da Comissão e dos processos por ela iniciados sobre os tribunais e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros. As decisões relativas a compromissos aprovadas pela Comissão não afetam a competência dos tribunais e das autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros relativamente à aplicação dos artigos 81.o e 82.o do Tratado. REGULAMENTO (CE) N.o 1/2003 DO CONSELHO de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.o e 82.o do Tratado (Texto relevante para efeitos do EEE)

3.6.1 A Nova Lei de Concorrência Portuguesa

A Nova Lei da Concorrência¹⁵⁷ tem como objetivo reforçar a concorrência estrutural da economia, presente no Memorando de Entendimento¹⁵⁸, firmado entre o Governo Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. O memorando estabelece alguns objetivos a ser atingidos pela Nova Lei da Concorrência, que são: (i) simplificar a lei, separando claramente as regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras aplicáveis aos procedimentos criminais; (ii) racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações por parte da Autoridade da Concorrência (“AdC”), permitindo-lhe ajuizar o interesse das queixas recebidas; (iii) alinhar os regimes nacional e europeu em sede de controlo de concentrações; (iv) garantir mais clareza e segurança jurídica na aplicação do direito administrativo processual ao controlo de concentrações; e (v) avaliar o processo de recurso e alterá-lo para aumentar a equidade e a eficiência dos procedimentos.

É fundamental para as empresas, na medida em que cria condições para uma etapa mais rígida na aplicação das regras concorrenciais em Portugal. A Autoridade da Concorrência será beneficiada de instrumentos de investigação mais modernos e avançada no mundo.

3.6.1.2 Análise de Caso em Portugal

A sede em Portugal desde 1923, se concretizou por meio da criação da Sociedade de Produtos Lácteos, Lda., a primeira empresa viria a ser o início da Nestlé S.A. Portugal, uma sociedade de direito português, detida a 100% pela Nestlé Espanha, S.A. Ambas as sociedades integram o Grupo Nestlé, cuja matriz, a Société des Produits Nestlé, S.A., possui a sede na Su  a, teve como sócio principal o renomado, premiado pelo Pr  mio Nobel, Professor de Medicina Egas Moniz.

¹⁵⁷ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (Diário da República, 1.ª série — N.º 89 — 8 de Maio de 2012), aprovou o novo regime jurídico da concorrência, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (anterior lei da concorrência), e a Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto (anterior lei da clemência), e procede à segunda altera  o   Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro (lei da imprensa). Cf. João Noronha, “A Aplica  o no Tempo do Novo Regime Jurídico da Concorrência”, in Revista de Concorrência e Regula  o, ano III, n.º 10, 2012, pp. 227 e segs.

¹⁵⁸ “Portugal: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality”, 17 de Maio de 2011.

Dentre os produtos comercializados em Portugal pela Nestlé, acentua-se o café torrado e torrefato, sua venda começou no ano de 1958 por meio do Nescafé. Gradativamente, a Nestlé passou a ocupar uma posição dominante no mercado desse setor, posição essa que permitiu a exploração de forma abusiva e continuada, acarretando em uma ação judicial instaurada pela Autoridade da Concorrência, resultando assim a sua condenação em uma multa pecuniária.

Foi o primeiro processo a ser instaurado pela AdC em Portugal com fundamento na prática de restrição vertical de distribuição exclusiva, as infrações no processo consiste na existência de contratos quanto ao tipo de fornecimento de café no canal HORECA, com cláusulas que restringiam e impediam a concorrência. Então, o processo n.º 31/04 da AdC, em desfavor da Nestlé, foi instaurado em 2004.

A reclamação em desfavor da Nestlé Portugal S.A. que deu início à investigação da Autoridade da Concorrência foi instituída pelo Café da Palha Lda,¹⁵⁹ um estabelecimento pequeno situado na zona do Parque das Nações, Lisboa. O proprietário do café não aceitou as cláusulas exigidas pela Nestlé e recorreu a Autoridade da Concorrência.

No decorrer da investigação, comprovou-se que a Nestlé impunha aos seus clientes obrigações de exclusividade, sem duração definida. As obrigações de não concorrência, junto com a imposição de compra de quantidades mínimas de café, impossibilitavam o cliente de procurar outro fornecedor por um período incerto.

Os contratos determinavam que, decorridos cinco anos de compra exclusiva da marca de café, caso o cliente não obtivesse as quantidades mínimas de café estabelecidas, o contrato seria prolongado e teria pena com obrigação de pagar uma indenização, dissuasória da denúncia do contrato.

Posteriormente, a Autoridade da Concorrência comprovou que a Nestlé teria celebrado vários contratos de fornecimento de café ao canal Horeca, contendo cláusulas

¹⁵⁹ A queixa foi apresentada pelo Café da Palha Lda que havia celebrado um contrato de fornecimento de café com a Nestlé e que alegava, por não cumprir com a compra das quantidades mínimas estabelecidas no clausulado, que o contrato, com um período inicial de vigência de cinco anos, estava sempre a ser prorrogado, sem expectativa de alguma vez cumprir as quantidades lá fixadas. Por tentar a denúncia do contrato, a entidade Café da Palha Lda foi condenada ao pagamento à Nestlé de uma determinada quantia – vide sentença da 8ª Vara Cível do Porto, proferida na ação com o Processo Ordinário n.º 4374/04, de 15 de setembro de 2006.

restritivas da concorrência. É importante destacar que à luz de legislação comunitária, as cláusulas de não concorrência não poderiam exceder os cinco anos.¹⁶⁰

A Autoridade da Concorrência concluiu que a Nestlé Portugal S.A., ao firmar contratos de fornecimento de café que possuíam cláusulas de compra exclusiva, violou o art. 4º nº 1, da Lei nº18/2003, de 11¹⁶¹ de Junho, atual Art. 9º nº 1 da Lei nº19/2012 de 8 de Maio. A suscetível afetação do comércio é considerada sensível quando a quota de mercado, em relação aos acordos entre concorrentes e não concorrentes, é de 10% ou 15%. Essa violação é considerada como uma contra-ordenação punível, conforme o Art. 43º nº 1 a) da Lei nº18/2003 de 11 de Junho.¹⁶² Como efeito prático, este modelo de contrato condiciona a liberdade de escolha dos estabelecimentos do canal HORECA quanto aos seus fornecedores de café por longos períodos de tempo, diminuindo a concorrência entre marcas.

Em sua decisão a Autoridade da Concorrência condenou a Nestlé Portugal S.A., a pagar uma multa de 1 milhão de euros, a excluir dos contratos as cláusulas que continham obrigação de compra exclusiva por um período superior a cinco anos ou a renovação para além dos cinco anos, sem concordância expressa e livre de ambas as partes.

Considerou-se ainda que tal prática não poderia beneficiar de um balanço econômico positivo individual, segundo o Art. 5º nº 1 da Lei nº18/2003 de 11 de Junho,¹⁶³ nem do benefício de isenção por categoria para as restrições verticais. Pois conforme

¹⁶⁰ Ver alínea a) do artigo 5º do Regulamento (CE) n.º 2790/99 da Comissão, de 22 de dezembro, em que a isenção prevista no artigo 2º não é aplicável à seguinte obrigação incluída em acordos verticais: Qualquer obrigação de não concorrência direta ou indireta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos. Uma obrigação de não concorrência que seja tacitamente renovada por mais que um período de cinco anos deve ser considerada como tendo sido concluída por uma duração indefinida

¹⁶¹ Artigo 4º - Práticas proibidas: 1 - São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em: f) Recusar, direta ou indiretamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços. 7 Tais percentagens resultam de uma comunicação realizada pela Comissão Europeia

¹⁶² Artigo 43º - Coimas 1 - Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infração, 10% do volume de negócios no último ano: a) A violação do disposto nos artigos 4º, 6º e 7º.

¹⁶³ Artigo 5º - Justificação das práticas proibidas 1 — Podem ser consideradas justificadas as práticas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou econômico desde que, cumulativamente: a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante; b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos; c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

disposto no Art. 5º a) do Regulamento nº 2790/1999¹⁶⁴, essa isenção não poderia ser aplicável a este caso, porque as cláusulas de não concorrência, instituídas pela Nestlé Portugal S.A., definem obrigações sem um prazo determinado.

A Nestlé recorreu da decisão proferida pela Autoridade da Concorrência, perante o Tribunal de Comércio de Lisboa, sua defesa teve como base os “Princípios Corporativos”. Foi julgada procedente a violação do direito da defesa argüido pela Nestlé, pois uma parte da acusação se fundamentou em elementos confidenciais em que a Nestlé não obteve acesso. A decisão proferida pela Autoridade da Concorrência possuía, em intervalos, as quotas de mercados das concorrentes com a finalidade de proteção dos segredos de negócios respectivos.

A decisão proferida pela Autoridade da Concorrência foi declarada nula pelo Tribunal do Comércio, em fevereiro de 2006, decisão essa que havia decidido pela aplicação de uma multa de 1 milhão de euros pelo fato de ter ocorrido a violação do direito da concorrência nos contratos de fornecimento de café, então o Tribunal do Comércio efetuou a devolução do processo da Autoridade da Concorrência para que se realizasse a correção das irregularidades formais e prosseguimento de termos.

A Nestlé ganhou juridicamente o processo, mas não porque não havia violado as leis da concorrência, o que ficou claramente comprovado, mas somente por motivos jurídicos de nulidade processual da acusação da Autoridade da Concorrência.

A Autoridade da Concorrência voltou a se pronunciar em 16 de Julho de 2008 a respeito destes contratos, instituindo importantes mudanças nos modelos contratuais utilizados por quatro empresas distribuidoras de café para fornecimento ao canal Horeca. Tal decisão aparece no âmbito de novos processos contra-ordenacionais por práticas restritivas em desfavor da Nestlé Portugal, S.A., Delta Cafés, Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A., Nutricafés-Cafés e Restauração, S.A. e Segafredo, Portugal, Comercialização e Distribuição de Cafés, S.A., que em conjunto comandam cerca de 80% da quota do mercado.

¹⁶⁴ Regulamento nº 2790/1999 – Artigo 5º A isenção prevista no artigo 2º não é aplicável a nenhuma das seguintes obrigações incluídas em acordos verticais: a) Qualquer obrigação de não concorrência direta ou indireta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos. Uma obrigação de não concorrência que seja tacitamente renovada por mais que um período de cinco anos deve ser considerada como tendo sido concluída por uma duração indefinida. Todavia, o prazo limite de cinco anos não é aplicável quando os bens ou serviços contratuais são vendidos pelo comprador a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor ou tomadas de arrendamento pelo fornecedor a terceiros não ligados ao comprador, desde que a duração da obrigação de não concorrência não ultrapasse o período de ocupação das instalações e terrenos pelo comprador.

Foi comprovado em todos os processos que, essas empresas estavam fazendo uso das mesmas cláusulas de não concorrência nos respectivos contratos de fornecimento de café, com particular incidência de terem uma duração indeterminada, ou seja, superior a cinco anos. Na sequência da condenação da Nestlé Portugal, S.A., as empresas anteriormente citadas tiveram a atitude, individualmente, de sugerir mudanças em seus contratos de fornecimento de café ao canal Horeca, correspondendo as exigências apresentadas na decisão da Autoridade da Concorrência.

Deste modo, as empresas sugeriram: (i) alteração dos contratos-tipo de fornecimento de café, em particular no que respeita ao prazo de vigência e da correspondente obrigação de compra exclusiva; (ii) envio de comunicado a cada um dos seus clientes cujo contrato haja excedido cinco anos de vigência; (iii) não intentar ou desistir de ações judiciais com fundamento na violação de cláusulas de contratos anteriores que não seriam possíveis à luz dos contratos alterados.

Esses compromissos citados foram devidamente assumidos por todas as empresas nos respectivos processos. Nestes termos, avaliados e corretamente ponderados todos os inconvenientes e benefícios para defesa e promoção de uma concorrência livre no mercado, a Autoridade da Concorrência optou pelo arquivamento dos quatro processos de contra-ordenação.

Capítulo 4

4 Restrição vertical no direito antitruste brasileiro

4.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O desenvolvimento da economia brasileira ocasionou um crescimento na quantidade e dificuldade dos procedimentos entre agentes econômicos exposto às autoridades concorrenciais. Em resultado, as autoridades concorrenciais passaram a ter uma maior competência para realizar análises de situações mais complexas, tendo como embasamento as teorias em relação ao assunto, como por exemplo, as teorias desenvolvidas pela Escola de Chicago.

Embora a primeira Lei de Defesa da Concorrência (LDC) ser de 1962,¹⁶⁵ ocorreu uma evolução da legislação concorrential brasileira após a aprovação da Lei 8.884/1994 que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, associada com a implementação de reformas destinadas ao mercado ao longo da década de 1990. Nesse período, a moderna teoria econômica acerca das restrições verticais já se encontrava bem definidas e havia uma concordância de ideias de que uma abordagem formalística para esses tipos de conduta não era desejável.

Então, o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência tem muita ênfase ao estabelecer uma abordagem com base nos efeitos para as restrições verticais, sendo assim, todas as condutas ilegais devem ser avaliadas conforme seus efeitos atuais ou potenciais¹⁶⁶. Com fundamento nessa disposição, o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (SBDC) afirma que todas as restrições verticais devem ser avaliadas à luz da regra da razão, que é uma abordagem baseada em efeitos, os impactos negativos e as eficiências potenciais têm a necessidade de ser avaliadas para poder determinar os efeitos líquidos da conduta a qual está sendo investigada. Conforme o SBDC, uma restrição vertical só é considerada como ilegal quando esses efeitos líquidos forem considerados como negativos.

Existem particularidades na maneira como o SBDC tem implementado tal análise com base nos efeitos. Embora a abordagem geral ser fundamentada na regra da razão,

¹⁶⁵ A Lei 4.137/1962 foi a primeira lei de defesa da concorrência no Brasil, porém as primeiras normas que abordaram questões concorrenciais foram promulgadas na década de 1940, com a Lei 7.666/1945.

¹⁶⁶ Artigo 20 da Lei 8.884/1994

observa-se que o SBDC tem aplicado diferentes padrões de provas a diferentes casos aproximando-se mais de uma abordagem formalística.

O Direito da Concorrência brasileiro teve uma evolução significativa após a promulgação da LDC em 1994, que determinou um sistema detalhado para punição de condutas anticoncorrenciais e para controlar as concentrações, por exemplo, as fusões e aquisições, entre outras operações que possuíam impacto na estrutura do mercado. Nos artigos 20 e 21 da LDC,¹⁶⁷ estipularam-se as condutas anticompetitivas. O artigo 20 dispõe que qualquer conduta, independente da sua forma, que possa ter o propósito de atingir ou possa produzir efeitos reais ou potenciais, deverá ser considerada como ilegal nos termos da LDC/NLDC. O artigo 21 possui uma lista de exemplos de condutas que podem ser consideradas ilegais caso sejam enquadradas no artigo 20.¹⁶⁸

O Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência era, então, composto por três órgãos incumbidos da defesa da concorrência: a Secretaria de Acompanhamento Econômico- SEAE, do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico- SDE, do Ministério da Justiça, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. A SEAE e a SDE possuem função analítica e investigativa, sendo responsáveis pela instrução dos processos, ao passo que o CADE, sendo um tribunal administrativo, é a instância julgante do Sistema. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário.

Em dezembro de 2011, a Nova Lei da Defesa da Concorrência foi publicada e entrou em vigor 180 dias depois, em 29 de maio de 2012. A NLDC instituiu alterações institucionais significativas, inclusive a fusão entre a SDE e o CADE em uma única autoridade, com maiores autonomias e recursos, e também um novo sistema de revisão anterior a operação. No tocante à definição das condutas anticompetitivas e a caracterização das infrações, a nova lei manteve o que foi definido na lei anterior.

O novo artigo 36 da Lei 12.529/2011 é a combinação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/1994. A mudança principal implantada pela nova lei é sobre a dosimetria das sanções, a autoridade para proferir decisões sobre as violações e impor multas, que antes

¹⁶⁷ Redação similar ao atual artigo 36 da Lei 12.529/2011, doravante “Nova Lei de Defesa da Concorrência”.

¹⁶⁸ O artigo 21 prevê 24 exemplos de potenciais violações, dentre elas venda casada, descontos condicionados e acordos de exclusividade, assim como violações gerais, como a criação de barreiras aos novos concorrentes e o bloqueio ao acesso de competidores a matérias primas e cadeias de distribuição.

variavam de 1% a 30%, agora passa a ser de 0.1% a 20% do faturamento total da empresa no setor da atividade econômica em que a violação tiver ocorrido, no ano anterior ao início da investigação.

4.2 O funcionamento das restrições verticais no direito brasileiro

No direito brasileiro, existem três principais fontes normativas para o tratamento normativo das restrições verticais: (i) A Constituição Federal (CRFB); (ii) A Lei nº 12.529/2011 (LA); (iii) A Resolução nº 20/1999 do CADE.

Apesar do debate em relação ao direito antitruste acontecer fora dos parâmetros estritamente constitucionais,¹⁶⁹ é necessário mencionar que qualquer direito antitruste moderno precisa de uma ordem constitucional de livre mercado, pois as normas ajudam na remoção de falhas, fazendo com que o mercado funcione. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) faz referência à livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º IV) e da ordem econômica (art. 170, caput).

A liberdade de iniciativa acontece quando os agentes privados têm a liberdade de entrar, sair e participar do mercado, comprando e vendendo bens e serviços livremente;¹⁷⁰ pode se considerar ainda que esses agentes são livres para efetuar qualquer negócio ou exercício de profissão, mesmo que estejam limitados a se sujeitar aos regulamentos aplicáveis.¹⁷¹

Pelo fato de não ter a existência de liberdade sem regras, surge a necessidade da legislação concorrencial, que protege a liberdade de atuação dos agentes econômicos, removendo falhas que pudessem restringir essa liberdade de mercado, sendo que o abuso de posição dominante é uma das principais dela.

A CRFB dispõe que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º). Pode ser denominada como liberdade de concorrência, que, segundo o doutrinador Fábio Nusdeo,¹⁷² serve a função de garantir a aplicação universal da

¹⁶⁹ SCHUARTZ, L. F. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XL, n. 124, out.-dez./2001.

¹⁷⁰ GICO JR., Ivo. TIMM, Luciano (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁷¹ GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 225.

¹⁷² OLIVEIRA NUSDEO, Ana Maria de. Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresa. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237.

liberdade de iniciativa, com a expectativa de diminuir o preço de bens e serviços no mercado e de aumento do bem estar dos consumidores.

Pode-se estabelecer uma contraposição existente entre o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, o primeiro determina que os agentes privados podem agir livremente, enquanto o segundo restringe a atuação daquelas empresas que possuem um poder econômico, com a finalidade de resguardar a concorrência no mercado brasileiro.¹⁷³ Foi essa a solução do CADE no Caso Sharp¹⁷⁴ (1993), que decidiu que “[o] princípio da livre iniciativa só pode ser entendido de forma integrada ao princípio da livre concorrência, pois a liberdade de iniciativa só se exerce num macro em que a todos se assegura o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem qualquer restrição por parte de concorrentes poderosos”.

Em retorno ao mandamento constitucional do art. 173 §4º da CRFB, o legislador infraconstitucional promulgou, em 1994, a lei nº 8.884, revogada pela nova lei do CADE, a Lei nº 12.529/2011, onde o art. 1º dispõe que:

Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (BRASIL, 2011).

Atualmente esta é a principal norma antitruste brasileira, que orienta a atuação do CADE no controle de condutas que possam vir a prejudicar a concorrência, uma vez que, tal norma possui fundamentos primordiais que conduzirão o julgamento das restrições verticais, bem como, a caracterização de posição dominante.

A Resolução do CADE nº 20, de 09 de junho de 1999, foi promulgada com a finalidade de orientar a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no

¹⁷³ FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 154.

¹⁷⁴ Processo Administrativo nº 01/91, Rel. Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, j. 28.5.1993. Ver também a decisão no caso Fiat/Transauto, Processo Administrativo nº 31, Rel. Cons. Neide Terezinha Mallard, j. 06.10.1993, Revista do IBRAC. v. 2, n. 1, fev. 1995, p. 82.

controle de restrições verticais e de proporcionar uma maior segurança jurídica aos agentes privados que são subordinados às suas decisões.

A avaliação do CADE irá mostrar que, embora exista uma aparente uniformidade e previsibilidade de entendimento, realizar algumas decisões e até mesmo um julgamento apressado da ilegalidade da conduta, sem realmente cumprir o teste rigoroso previsto na legislação à luz da literatura econômica contemporânea, irá apresentar que a imprecisão semântica da legislação antitruste e sua natureza que antecipa o futuro (julgamento com base em efeitos prováveis) proporcionam uma imprevisibilidade de julgamentos pela discricionariedade da análise da prova.

Toda a teoria e prática da prova judicial foram estruturadas para que haja uma reconstrução do passado, mas não para prever o futuro.¹⁷⁵ A Ciência Econômica, que possui a ação humana, na interpretação clássica de Lionel Robbins (1932), como objeto de estudo, passa a ser o instrumento analítico fundamental nesse modelo de procedimento, que pretende prever o comportamento humano com base na generalidade de análises de comportamentos presentes. Por isso a estatística e a econometria são de extrema importância para os economistas. No entanto, o economista Donohue aponta que não se pode ter a ilusão da metodologia e das fórmulas matemáticas. Provavelmente, a pesquisa qualitativa possa colaborar de modo igual na tarefa de diagnóstico e prognóstico de comportamentos dos agentes econômicos.

Surge então a possibilidade em atualização da Resolução do CADE nº 20/99, tendo como base os Guidelines Europeus, citados no Capítulo anterior, para que haja uma orientação mais detalhada e com maior precisão acerca do assunto. Se a Ciência Econômica conseguiu alcançar um nível grande de prestígio social e acadêmico, faz-se verdade também que, a econometria e a tarefa de prever o futuro com fundamentos em métodos matemáticos e estatísticos não são isentas de erro, devendo-se pensar em um método de ficções e presunções na falta de prova de efeitos líquidos negativos de uma restrição vertical com a finalidade de simplificar a decisão do Órgão que irá julgar.

De acordo com a resolução nº 20/99 do CADE, há requisitos em que se configura uma conduta restritiva ilegal, que são: (i) a caracterização da conduta; (ii) a análise das condições estruturais e/ ou institucionais; (iii) a ponderação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências da conduta.

¹⁷⁵ SANTOS, Moacyr A. Prova judiciária no cível e comercial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

4.2.1 Caracterização da conduta

Para a compreensão do tratamento dedicado às práticas verticais, o art. 36 da Lei nº 12.529/11 é fundamental. O art. 36, I, II, III e IV possui destaque na definição do ilícito antitruste, e também o §3º que será analisado posteriormente.

O art. 36 assim discorre sobre o significado de “infração à ordem econômica”:

[...] os atos sob qualquer forma manifestados, tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (BRASIL, 2011).

Para uma conduta restritiva vertical ser considerada ilegal, é necessário que a prática, tenha por efeito real ou potencial uma dos pressupostos previstos no art. 36. Não há similaridade precisa entre tipo de restrição e ilícito do art. 36.¹⁷⁶ Sendo assim, é fundamental a compreensão da estrutura do art. 36, e as críticas direcionadas a ele.

Conforme defende Sergio Bruna,¹⁷⁷ não tem necessidade de incluir o inciso II no art. 36, uma vez que, o §1º do mesmo artigo estabelece que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”. A única oportunidade de coordenar os mercados sem ganhos de eficiência é por meio da limitação da concorrência, que está previsto no inciso I.¹⁷⁸ Há, então, uma redundância nas possibilidades dos incisos I e II, uma vez que, as duas prevêm a mesma hipótese, uma de forma direta, abordando a limitação da concorrência, e a outra de forma indireta, com a dominação do mercado quando não ocorre ganhos de eficiência.

¹⁷⁶ SALOMÃO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 221.

¹⁷⁷ BRUNA, Sergio. O poder econômico e a conceituação do seu abuso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 112.

¹⁷⁸ SALOMÃO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121.

Outros autores defendem que o inciso III não deveria ser classificado como uma forma independente de infração da ordem econômica, afirmando que o aumento arbitrário de lucros só pode ser julgado como sendo ilegal quando for praticado por uma posição dominante, que é vetado pelo inciso IV do art. 36. A prática de exercício de posição dominante seria um resultado direto do poder de mercado do agente econômico, e não uma manifestação desse poder.¹⁷⁹

Os autores Fábio Coelho¹⁸⁰ e José Franceschini,¹⁸¹ defendem que o inciso IV do art. 36, sobre exercício abusivo de posição dominante, não deveria estar na lista de infrações da ordem econômica. Apresentam duas justificativas para fundamentar tal alegação. A primeira é a ausência de previsão dessa hipótese no art. 173 da Constituição Federal. E o segundo, os incisos I, II e III são por si próprios possibilidades de abuso de posição dominante, tornando o inciso IV redundante.

Seguimos a interpretação dada por Silva,¹⁸² que defende que a interpretação do art. 36 da Lei nº 12.529/11 está orientada em desfavor de dois modelos gerais de prática restritiva. Primeiramente, aquelas que têm por objetivo ou tem por efeito “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (inciso I). E segundo, aquelas que estabelecem um “abuso de posição dominante” (inciso IV). O inciso II é desnecessário, posto que a dominação de mercados é uma infração apenas se estiver contido no caso de restrição à concorrência. Pois, caso a dominação do mercado relevante seja por meio de uma maior eficiência, não haverá ilicitude. Sendo assim, o inciso III estaria automaticamente inserido no caso do inciso IV, visto que só é ilícito quando for exercido nos moldes deste, e o inciso IV será mais relevante, porque é uma situação mais freqüente no controle das restrições verticais.

No §3º do art. 36, da Lei n. 12.529/11, está presente uma lista de dezenove práticas restritivas que podem ser consideradas infrações da ordem econômica, como por exemplo, a imposição de preços de revenda (inciso IX) e vendas casadas (inciso XVIII).

¹⁷⁹ SALOMÃO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1997, p.88; MIRON, Rafael Brum. O Direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In ROCHA, João et al. (eds). Lei antitruste: 10 Anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 217.

¹⁸⁰ COELHO, Fabio. Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61.

¹⁸¹ FRANCESCHINI, José Inácio. Introdução ao direito da concorrência. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 45.

¹⁸² SILVA, Leonardo Rocha e. Law and policy towards vertical restraints of trade: the case of Brazil. Boletim Latinoamericano de Competencia, n. 9, parte 2, Fev./2000, p. 38-39.

Alguns autores¹⁸³ consideram essa lista taxativa e não exemplificativa, devido ao seu caráter penal. A redação do caput do §3º em si própria (“[a]s seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 36 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”), todavia, coloca essa hipótese sobre análise quanto a sua veracidade e se faz acreditar que estar na lista não se torna requisito necessário, ou mesmo suficiente para que uma conduta seja ilegal. O §3º tem a finalidade somente para a ilustração de atos que podem ser considerados ilegais, desde que estejam conforme o exigido pelo art. 36. Mutuamente, uma prática é ilícita se estiver em desacordo com o art. 36, mesmo que não esteja na lista do §3º.

Enquadrar uma prática em uma das hipóteses do art. 36 não depende da estrutura e características específicas do ato, ou seja, não existe tipicidade relacionada à forma do ato.¹⁸⁴ No começo, qualquer conduta pode ser anticoncorrencial, porém, há uma tipicidade em relação aos efeitos gerados, que devem estar presentes na lista prevista na lei. O essencial é apenas o efeito concreto e qual era o objetivo da atividade.¹⁸⁵ Se a prática pretender ou alcançar algum dos efeitos presentes na lista do inciso I ou IV do art. 36, o primeiro requisito para se considerar uma conduta restritiva vertical ilícita estará cumprido.

Antes da vigência da Lei nº 8.884/94, era necessário provar a culpa do agente, após a promulgação da Lei nº 8.884/94 e posteriormente da Lei nº 12.529/11, devido à linguagem empregada no caput do art. 36 (“constituem infração econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestos, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”), a situação inverteu-se.¹⁸⁶

Para o autor Calixto Salomão,¹⁸⁷ a caracterização da ilicitude prevista no art. 36 da Lei nº 12.529/11 prescinde da intenção do agente. Porém, ele faz uma observação, “essa intenção está presente não na vontade deste agente, mas sim na potencialidade de atingir

¹⁸³ FRANCESCHINI, José Inácio. Introdução ao direito da concorrência. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O dumping como forma de abuso do poder econômico. Revista de Direito Mercantil, v. 91, n. 5, 1993, p.9; STEVENS, Dallal. Framing competition law within an emerging economy: the case of Brazil. Antitrust Bulletin, v. 40, 1995, p. 112.

¹⁸⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei da proteção à concorrência: comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

¹⁸⁵ MIRON, Rafael Brum. O Direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In ROCHA, João et al. (eds). Lei antitruste: 10 Anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁸⁶ Ver Caso AHESP de 1994; Fonseca, 1995, voto do Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, falando sobre a sistemática da Lei nº 8.884/94: “não se requer, para a configuração da ilicitude da conduta, a presença necessária do elemento subjetivo, ou seja, a caracterização de dolo ou culpa dos agentes causadores”.

¹⁸⁷ SALOMÃO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 96-97.

efeitos anticoncorrenciais, objetivamente avaliada através dos atos da empresa”. Ainda afirma que, por causa da racionalidade dos agentes econômicos, a intenção implica a possibilidade de ocasionar as conseqüências previstas na lei. Isto é, não tem importância a efetiva ciência do agente, mas sim o saber potencial. Sendo assim, conforme a doutrina, a busca do objetivo do agente econômico tem como finalidade a averiguação da lógica econômica da ação, de maneira que a falta de explicação da racionalidade do ato, poderia persuadir seu propósito abusivo.¹⁸⁸

Quanto à potencialidade de ocorrência dos efeitos que estão na lista do art. 36, o melhor posicionamento parece ser aquele em que estabelece relação entre a existência do ilícito com a capacidade abstrata da prática de provocar um dano à concorrência. Sendo essa a principal diferença entre potencialidade, verificada em primeira instância somente para efeitos de caracterização de uma conduta, e a possibilidade de um dano concorrencial, que é analisada em seguida, ao mesmo tempo em que as possíveis eficiências do ato.

A probabilidade é considerada como uma capacidade concreta de geração dos efeitos anticoncorrenciais. Já a potencialidade é questão de gerar ou não um efeito. Nessa fase do processo antitruste, se faz necessário apenas a verificação da potencialidade de que quais efeitos que causam danos à concorrência venham acontecer.

4.2.2 Análise das condições estruturais e institucionais

É necessária a análise mais detalhada da probabilidade do ato de restrição vertical em questão provocar os efeitos dispostos no art. 36, e a verificação das condições estruturais e institucionais que exercem influência a potencialidade.

A CRFB menciona o abuso do poder econômico, o que demonstra que é fundamental a averiguação do poder econômico da representada. A CRFB, ao presumir a advertência em relação ao abuso de poder econômico, condiciona como fator a ser levado em consideração a existência de poder econômico advindo do agente infrator. Então, apenas as ações daquele que tiver poder econômico efetivo teria importância para o direito antitruste.¹⁸⁹

¹⁸⁸ FAGUNDES, Jorge. Cláusulas de raio e o caso Iguatemi. Revista do IBRAC, v. 14, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁸⁹ MIRON, Rafael Brum. O Direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In ROCHA, João et al. (eds). Lei antitruste: 10 Anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 215.

Entretanto a Lei nº 12.529/11 faz menção ao abuso de posição dominante no inciso IV do art.36, e no §2º do mesmo artigo define que existe 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”. (BRASIL, 2011).

A Resolução 20/99, ao dispor dos critérios para as práticas restritivas ilegais, engloba a verificação do poder de mercado do agente dominador da restrição. Tal análise é realizada em três fases: (i) a determinação do mercado relevante; (ii) estimativa do *market share* relativo do agente; (iii) verificação das condições concorrenciais efetivas e potenciais (barreiras à entrada, importações, grau de rivalidade do mercado) para a imposição de restrições ilegais. Assim, de acordo com a Resolução 20/99, não existe semelhança entre um alto *market share* e a existência de poder de mercado.

O termo “abuso do poder econômico” é uma expressão geral, utilizada apenas no art. 173, §4º da CRFB e no art. 1º da lei nº 12.529/11, significando, de forma ampla, todo ilícito antitruste. Já os termos “posição dominante” e “poder de mercado” possuem interpretações mais técnicas. A expressão poder de mercado não é utilizado na Lei nº 12.529/11, porém aparece sempre na Resolução CADE nº 20/99. E deve ser compreendida como a capacidade de modificar o preço de mercado de um bem ou serviço. A doutrina considera poder de mercado com impermeabilidade às leis do mercado,¹⁹⁰ ou seja, o agente não possui dependência no tocante a outros agentes, o que permite agir sem ter em consideração o comportamento de outros agentes.

A partir da Lei n. 12.529/11, os dispositivos legais mencionados acima tiveram suas redações modificadas, dando indicativos ainda mais claros de aproximação dos conceitos de posição dominante e poder de mercado. Nos dias atuais, tal conceito está presente no art. 36, §2º, onde afirma que “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado” – o que poderia ser entendido como poder de mercado – “ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante” – o que se supunha posição dominante.

¹⁹⁰ FERRAZ, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. Revista do IBRAC, v. 4, n. 1. São Paulo: IBRAC, 1997, p.26; FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 318.

A posição dominante pode ser considerada como a capacidade de uma determinada empresa ou um grupo de empresas modificarem unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado, ou exercer o controle de 20% ou mais sobre o mercado relevante. E o poder de mercado é somente a capacidade de certa empresa ou um grupo de empresas modificarem unilateralmente ou coordenadamente as condições do mercado. Ou seja, sempre que um agente econômico detiver o poder de mercado é porque ele exerce posição dominante, porém, nem sempre que o mesmo exerça a posição dominante poderá ter o poder de mercado.

Desse modo, para efeito da avaliação das restrições verticais, o detalhe para ser apreciado está na definição de quando uma empresa é capaz de modificar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado e não apenas calcular o seu *market share*.

O poder de mercado é tido como elemento fundamental para a configuração de restrições verticais ilegais.¹⁹¹ Nesse sentido, a Resolução nº 20/99 do CADE confirma que é necessária a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem de forma que venha configurar risco de prejuízo à concorrência.¹⁹² Para confirmar tal posicionamento o CADE decidiu que: “Não se pode infringir a ordem econômica quem não disponha de poder econômico capaz de, por seu abuso, restringir ou limitar a livre concorrência no mercado relevante”.¹⁹³

Há divergências doutrinárias no que concernem essas definições. Para Calixto Salomão, o poder de mercado não é elemento fundamental e nem suficiente para que seja caracterizada uma conduta ilícita, para ele existe apenas um requisito, a coerção que se manifesta por meio da dependência econômica. Entretanto, a dependência possui causas diferentes, como por exemplo, poder de mercado, assimetrias de informação, etc.¹⁹⁴ O mesmo elemento de dependência econômica é mencionado por Forgioni,¹⁹⁵ que defende que, em alguns casos específicos de distribuição, principalmente quando houver exclusividade, não é necessária a configuração de poder de mercado para possibilitar o

¹⁹¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste: o combate a cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

¹⁹² Resolução nº 20/99 do CADE, p. 3.

¹⁹³ CADE, Averiguação Preliminar nº 08000.011085/94-62, Rel. Cons. Arthur Barrinuevo Filho. Percebe-se, nesse caso, que o CADE utilizou o termo “poder econômico” como sinônimo daquilo que nesse trabalho é referido como “poder de mercado”.

¹⁹⁴ SALOMÃO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 204.

¹⁹⁵ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

abuso de poder econômico. O CADE adotou tal posicionamento no caso Autolatina,¹⁹⁶ que engloba “dependência no caso específico”, e no caso Fiat/UNICAR,¹⁹⁷ que não possuía existência de “igualdade econômica entre as partes”. É uma posição doutrinária que não possui respaldo legislativo, tampouco lógica econômica. O CADE mantém em aberto a necessidade de haver ou não o poder de mercado para que haja uma caracterização de um ato ilícito.

Então, para caracterizar uma restrição vertical como ilícita depende da existência de posição dominante, e mais especificamente de poder de mercado que um dos agentes econômicos exerce no mercado. Tal posição dominante pode ser presumida em caso de haver 20% do mercado relevante, devendo ainda ser analisado o poder de mercado, e posteriormente os outros fatores como a possibilidade de concorrentes, barreiras à entrada, entre outros.

4.2.3 Efeitos anticompetitivos e eficiências da conduta

O CADE anteriormente à implantação da Lei nº 8.884/99, já aplicava a regra da razão para realizar julgamentos relacionados à restrição vertical. Após a promulgação dessa Lei, a principal questão estava ao redor do art. 20, a dúvida era determinar se qualquer conduta que provocasse, ao menos potencialmente, algum dos efeitos previstos nos incisos I ou IV, independentemente da intensidade desses efeitos, seria considerada como ilícito. Não seria muito razoável a condenação de uma conduta que proporciona grandes riquezas sociais, mas que afeta apenas marginalmente a concorrência.¹⁹⁸

Desse modo, a doutrina majoritária a época entendeu que o art. 20, §1º, da Lei nº 8.884/94,¹⁹⁹ instituiu a regra da razão ao permitir uma defesa com base na eficiência. Alguns autores manifestam incertezas sobre o art. 20 da Lei nº 8.884/94, se a mesma instituiu uma

¹⁹⁶ Processo Administrativo nº 0089/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 29.9.1999.

¹⁹⁷ Processo Administrativo nº 08000.017766/1995-35, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 6.10.1999.

¹⁹⁸ Ver voto-vista da Min. Nancy Andrighi no REsp 261155-SP: “as cláusulas de exclusividade sempre restringem, de alguma forma, o nível de concorrência existente em dado mercado relevante. Um franqueador, por exemplo, frequentemente impede o seu franqueado de comercializar produtos de empresas concorrentes, fato esse capaz de restringir a concorrência. Não se pode considerar nula, entretanto, toda cláusula que restringe a concorrência, porque é da essência dos contratos empresariais restringir a concorrência [...]”

¹⁹⁹ Art. 20, § 1º “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.”

ilegalidade *per se* dos acordos verticais ou exige uma avaliação conforme a regra da razão.²⁰⁰

Tal conflito de posicionamentos foi solucionado com a aprovação da Resolução nº 20/99 do CADE, onde se estabelece as diretrizes para a investigação de diferentes tipos de práticas restritivas. A Resolução faz referência expressa ao princípio da razoabilidade, onde as análises são feitas por meio da ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados, para que possa caracterizar uma conduta como ilícita ou não.

Essa posição foi confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) no REso 261.155-SP, em acórdão de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. A Min. Nancy Andrichi, em voto-vista nesse caso, afirma que a regra da razão “constitui uma forma de interpretação lógica, por meio da qual os efeitos restritivos da concorrência são comparados com os efeitos pró-competitivos.” O CADE assume a mesma posição, sem contestação: restrições verticais apenas podem ser avaliadas conforme a regra da razão,²⁰¹ portanto, não existem restrições verticais presumivelmente ilícitas no direito concorrencial brasileiro, pois toda conduta analisada deve ser avaliada conforme o princípio da razoabilidade.

Deve haver uma ponderação entre as eficiências e os efeitos anticompetitivos. E a solução pode estar na regra da razão, pois a mesma permite análises dos efeitos líquidos da conduta restritiva. Muita literatura ou discussões jurisprudenciais acerca da maneira de como é feita essa ponderação. A melhor indicação está presente na Resolução 20/99, que dispõe de três orientações: (i) deve haver uma análise criteriosa e minuciosa; (ii) a ponderação pode ser em grande parte qualitativa (visto que muitos dos efeitos são potenciais e que os custos de transação são de difícil mensuração); e (iii) é preciso, para concluir pela licitude da medida, que as eficiências sejam “suficientes para compensar” os

²⁰⁰ De acordo com Paula Forgioni (2009, p. 156), a antiga lei 8.884/94 não instituiu uma regra da razão. Na verdade, qualquer ato que se enquadrasse nas hipóteses do artigo 20 seria ilícito. Porém, permaneceria aberta a possibilidade de submeter os atos *prima facie* ilícitos ao CADE para posterior autorização, nos moldes do art. 54 da lei 8.884. Ou seja, ela defende que, na ausência de submissão ao CADE, há uma ilicitude *per se* dos atos que constituem fechamento de mercado, abuso de posição dominante ou outro efeito anticompetitivo. Caso o ato seja levado à apreciação do CADE, porém, este sim deverá utilizar a regra da razão para determinar se as eficiências suplantam os efeitos negativos. Em caso positivo, o ato deve ser aprovado; em caso negativo, deve ser reprovado.

²⁰¹ Ver Caso Iguatemi, Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007.

efeitos competitivos. Percebe-se que aqui não menciona a distribuição de benefícios ao consumidor, elemento esse que deve ser analisado nas eficiências econômicas do ato.

4.3 A experiência brasileira

4.3.1 Secretaria de Direito Econômico vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda

A Valer uma empresa de *ticket*-refeição, consentia em diminuir o tempo de espera dos supermercados para poder então receber o valor em dinheiro dos *tickets*-refeição recolhidos de seus clientes. Em troca, os supermercados passariam a se comprometerem a aceitar somente os *tickets*-refeição da Valer. O assunto abordado pelo CADE era se esses acordos representavam uma intenção da Valer em exercer o domínio do mercado de *tickets*-refeição, e se essa prática poderia gerar efeitos anticompetitivos no mercado relevante. Por meio da aplicação da regra da razão, o CADE constatou que o mercado de *tickets*-refeição era concentrado e que a Valer possuía uma participação reduzida no mesmo, verificou-se também que as barreiras impostas à entrada a novos concorrentes eram baixas e que somente uma quantidade pequena de supermercados haviam aceitado e praticavam esse tipo de acordo.

Em uma decisão unânime, o CADE considerou que os acordos de exclusividade que a Valer vinha praticando poderiam gerar danos à concorrência apenas quando a empresa que os praticavam possuísse poder de mercado e quando o acordo pudesse afetar uma parte significativa do mercado relevante. Chegando a conclusão de que, pelo fato da Valer não possuir poder de mercado e que por sua participação no mercado, assim como as barreiras à entrada eram reduzidas, a empresa não teria a intenção de prejudicar a concorrência.

Conforme Rocha e Silva,²⁰² a argumentação utilizada pelo CADE foi perigosa, uma vez que, o mesmo sugere que este Conselho pode ter em consideração o fato de que as empresas que detêm uma parte significativa do poder de mercado, quando realizarem acordos de exclusividade, terão a intenção de prejudicar a concorrência. Argumenta ainda que, apesar do CADE ter demonstrado a importância de uma análise aos efeitos anti e pró-competitivos dos acordos de exclusividade, sua decisão deu a entender que esteve baseada

²⁰² SILVA, Leonardo R. Law and Policy Towards Vertical Restraints os Trade: The Case os Brazil. Boletim Latino Americano de Concorrência. Brasil, p. 43.

principalmente na constatação ou não de poder de mercado, enquanto que na Resolução nº 20/99, dispõe que o CADE está preparado para adotar uma abordagem mais tolerante acerca dos acordos de exclusividade.

A abordagem adotada pelo CADE poderia ser considerada como preocupante, pois se identifica a linha de raciocínio aplicada pela Suprema Corte norte-americana nos casos referentes a *Standard Fashion Co. vs. Magrane-Houston Co.* (1922) onde ainda a doutrina do “*quantitative substantiality*” predominava. Entretanto, podemos considerar que a decisão do CADE foi objetiva ao efetuar a preliminar e eliminatória análise da participação de mercado da Valer e chegar a conclusão da inexistência do poder de mercado da empresa que pudesse gerar um risco significativo à competição no mercado em análise.

4.3.2 Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma

O Depósito de Bebidas Cereais Alvorada registrou queixa perante a Secretaria de Direito Econômico (SDE), alegando que a Companhia Cervejaria Brahma se recusava a realizar vendas direta através de pagamento à vista, e que, o distribuidor exclusivo da Brahma na área estabelecia limites em relação a quantidade de vendas dos produtos às suas necessidades e possibilidades, para tal argumentação baseou-se na Lei nº 8.002/90, artigo 1º, inciso I.

Após a instauração do processo administrativo conferido pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE/SDE), a Brahma sustentou sua defesa alegando que, desde o princípio de suas atividades, a distribuição e comercialização de seus produtos é realizada intermédio de revendedores, e que a mesma adota o sistema de concessão de vendas com exclusividade. Ainda afirmou que, existe uma programação antecipada entre a empresa e as revendas, com base na demanda projetada conforme o volume das mesmas.

Dessa maneira, todo acordo estabelecido fora de tal programação provocaria impedimentos para o cumprimento do contrato com as revendedoras, além de estar infringindo os contratos com as mesmas. Posto que, o Contrato de Venda e Distribuição há muito tempo já possuía a característica de usos e costumes, além de possuir particularidades como co-participação das revendas nas despesas de propaganda e

marketing. Sendo assim, seria inviável realizar a modificação de todo o sistema de distribuição apenas para atender a solicitação da Cereais Alvorada.

A Secretaria de Acompanhante Econômico (SEAE) manifestou em um parecer técnico econômico que foi constatado a existência de barreiras à entrada de novos distribuidores e inexistência de competição entre os mesmos, destacando a impossibilidade de se realizar a venda da porta da fábrica para o comércio varejista. “A exclusividade do distribuidor não possibilita ao varejista a opção de compra direta, restringindo a concorrência entre os diversos elos da cadeia, não repassando ao consumidor final os benefícios inerentes às boas práticas de mercado.”

A Brahma pediu o arquivamento do processo, tendo em consideração a inexistência de possibilidade jurídica do pedido por perda de seu objeto perante a inexistência de uma prática delituosa. Fundamentou-se no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, que considera crime contra as relações de consumo “I- favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores.”

Apesar do Procurador Regional da República propor a celebração de compromisso de cessação com base no artigo 53 da Lei nº 8.884/94 por constatar indícios de infração à ordem econômica o Coordenador Jurídico do DPDE se manifestar pela tramitação do processo, pois de acordo com o mesmo havia configuração de recusa de venda, a Secretaria de Direito Econômico, em seu parecer, optou pela proposta de arquivamento do caso.

Como na época dos fatos a Lei nº 8.137/90 estava em vigor, a SDE argumentou que em razão disso: não haveria como requerer uma conduta diferente da realizada pela Cervejaria Brahma; que os motivos eram de ordem comercial, não havendo então configuração de infrações à ordem econômica; apesar das cláusulas de exclusividade impedirem a entrada de outros fabricantes concorrentes no mercado, as mesmas elevam a competição entre os distribuidores, em resultado a melhora do serviço prestado e contrabalanceando a questão anticoncorrencial; e além de provocarem uma redução nos custos de transação, fazendo com que haja eficiência na distribuição do produto.

A Procuradoria do CADE também optou pelo arquivamento incondicional do Processo Administrativo em análise. Em relação aos usos e costumes, a Procuradoria mencionou: “os usos e costumes são plenamente aceitáveis e de obrigatória aplicabilidade

nos meios forenses e, quiçá, também nos deslindes administrativos, particularmente em sede de Direito Econômico.”

A então Conselheira-Relatora, Lucia Helena Salgado e Silva, após observar que a Lei nº 8.002/90 fora revogada pelo artigo 92 da Lei nº 8.884/94 e tacitamente pela Lei nº 8.137/90 e pelo artigo 7º da Lei nº 8.078/90, quando abordam “de conformidade com os usos e costumes”, e de forma literal pela Lei nº 8.137/90, votou então pelo arquivamento do processo. Porém em sua decisão proferiu que o CADE deveria realizar análises concernente ao impacto concorrencial gerado em decorrência dos acordos de exclusividade presente na distribuição no mercado de cervejas.

4.3.3 Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo – Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo vs. Indústrias Alimentícias Gerais (KIBON)

O DPDE/SDE instaurou processo administrativo em desfavor da empresa KIBON, tendo como embasamento a Lei nº 8.158/91. O Sindicato e a Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo alegaram que a KIBON estaria praticando conduta anticoncorrencial, por meio da fixação das listas de preços que, mesmo que fossem sugestivas, estariam instituindo um padrão de comportamento que seria anticoncorrencial, sendo que não existia nenhum contrato formalizado entre as partes, fundamentou-se no art. 3º, incisos I, XV e XVI da Lei nº 8.158/91.

Em sua defesa, a KIBON argumentou que o DPDE estava confundindo a ação de envio de tabelas com os preços sugeridos nos pontos de vendas que proporcionam uma maior transparência ao consumidor sobre o preço de revenda razoável, com imposição de preços, ressaltando ainda que não têm fatores estruturais no mercado relevante que pudessem permitir a prática de preços abusivos.

Em seu parecer técnico a SEAE, concluiu que o mercado é competitivo em todos os segmentos, e que a empresa KIBON apresentou queda das vendas durante um período longo, embora sua participação no mercado nacional tenha aumentado e o produto que comercializam tem um elevado grau de substituição, pelo fato de não ser essencial. Afirma ainda que, não existe contrato que obrigue os estabelecimentos varejistas a exporem a tabela de preços e que eles não estão submetidos a qualquer tipo de retaliação caso não

venham a expor. Contudo, a SEAE constatou que mesmo que a fixação da tabela de preços venha a ser meramente sugestiva, a mesma estabelece um certo padrão de comportamento.

A SDE afirmou que a prática da KIBON era danosa à concorrência, atestando em desfavor os mecanismos normais de formação de preços. O DPDE concluiu que houve infração à ordem econômica e encaminhou o processo ao CADE. O Secretário de Direito Econômico adotou medida preventiva estabelecendo o encerramento da prática, fixando então um prazo de 10 dias úteis para que houvesse o recolhimento das tabelas na região centro-sul e 15 dias para o restante do país, sob pena de multa diária em caso de descumprimento.

A KIBON apresentou Recurso Voluntário perante o CADE, argumentando que houve uma afronta à ordem jurídica, pelo motivo de não haver fixação do conteúdo da antijuridicidade e por haver restrição do seu direito à defesa.

O relator do CADE então cessou essa medida provisória do Secretário de Direito Econômico e a Procuradoria deste Conselho concluiu que a empresa KIBON não havia infringido nenhuma norma de proteção à concorrência ou à livre iniciativa.

O CADE por meio do voto do conselheiro relator Leônidas Xausa, entendeu que a ação praticada pela KIBON era de preço sugerido, e não iria gerar dano à concorrência, uma vez que: (i) a lista de preço utilizada pela KIBON era apenas uma sugestão, graças ao seu caráter não obrigatório, não existiam condições estruturais que permitissem à KIBON exercer domínio de mercado, obrigando as revendedoras a seguir sua política de preços;²⁰³ (ii) havia uma forte competição intermarcas, fracas barreiras à entrada de novos participantes, e fornecimento atomístico, o que dificultaria o exercício de poder de mercado por parte da empresa; (iii) o comportamento dos preços não seguia uma tendência uniforme, pelo contrário, apresentava significativa dispersão, evidenciando que o mercado era regido pelas forças da demanda e da oferta.²⁰⁴

²⁰³ O CADE reconheceu que o mercado nacional de sorvetes possui as seguintes características: (i) pulverização da oferta (a participação de mercado da Kibon correspondia, na época, a 15%, seguida pelos 5,6% da Nestlé; o restante do mercado era composto por outros fabricantes com participação inferior a 5%); (ii) inexistência de barreiras à entrada; (iii) alto grau de elasticidade da demanda com relação ao produto (a possibilidade de substituição do sorvete por outros produtos, tais como iogurte, doces, tortas, bolos, chocolates, refrigerante, balas, gelatinas e frutas, é bastante elevada); (iv) o produto é supérfluo, de modo que a elevação excessiva dos preços resultaria, no curto prazo, na diminuição considerável das quantidades vendidas; (v) dispersão de preços; e (vi) clientes varejistas (padarias, lojas de conveniência) com relativo poder de mercado.

²⁰⁴ Resumo apresentado por Priscila Brólio Gonçalves (Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais, p. 281)

Diante disso, o Conselheiro Leônidas Xausa, concluiu que a conduta da KIBON não havia gerado prejuízo ou restrição à concorrência, julgando a ação como improcedente a Representação, e votando pelo arquivamento do processo.

4.3.4 Companhia de Bebidas das Américas – AmBev

O caso mais importante em relação à descontos condicionados envolveu a AmBev, a subsidiária brasileira da ABInBev e a cervejaria que exerce liderança absoluta no Brasil. A empresa foi acusada de exercer descontos de fidelidade, utilizados em formato de um método de preços compostos por brindes atrativos, para encerrar a entrada dos concorrentes no mercado, bares e outros pontos de varejo. O CADE interpretou tal conduta como anticompetitiva, declarando que o desconto, em parceria com a política de marketing agressiva adotada pela empresa, estimulava um acordo de exclusividade.

O Conselheiro Relator Furlan estabeleceu importantes diferenças entre os requisitos formais e informais para a participação do programa de fidelidade “tô contigo” promovido pela Ambev. Formalmente os distribuidores não tiveram a necessidade de ter exclusividade com a AmBev, não existia coação à preferência do produto AmBev, não havia obrigatoriedade de negociação para que pudesse participar do programa, não possuía exigências quanto ao volume mínimo de compra, os pontos de vendas não tinham obrigação de comercialização do produto AmBev, podendo assim vender cervejas concorrentes e sair do programa. Informalmente, entretanto, havia indícios de que a AmBev exigia que alguns pontos de venda parassem de comercializar produtos fora da carteira AmBev.

Além da conclusão de que o programa de fidelidade teria realizado acordos de exclusividade, causando prejuízo a muitos varejistas, o CADE optou por uma abordagem mais complexa em relação a algumas questões; se o desconto foi considerado não linear, exigindo a manutenção de um determinado volume para ser obtido, com o potencial de descontos adicionais, como por exemplo, prêmios mais vantajados oferecidos dentro do Programa para aquisição de maiores volumes.

O CADE e a SDE realizaram simulações de descontos que os competidores necessitariam oferecer para que houvesse uma equiparação ao programa da AmBev com participação de mercados inferiores, e utilizaram um instituto de pesquisa independente

para fazer a avaliação da percepção dos varejistas, usando os resultados obtidos para proferir sua decisão final, como maneira de sustentar os fatos descobertos fora da estrutura formal do programa.

O caso exposto ainda é o único que contém uma análise mais detalhada sobre programas de fidelidade no Brasil, porém muitas questões não foram respondidas, sendo deixadas em aberto, pois não houve nível de encerramento estabelecido pelo programa fidelidade; não ocorreu a tentativa de fazer nenhum teste mais apurado para ser capaz de identificar se as concorrentes que eram consideradas eficientes em igual conseguiram produzir o mesmo programa proposto pela AmBev;²⁰⁵ e não houve nenhum debate minucioso em relação as justificativas e eficiências, simplesmente foram rejeitadas sem ao menos serem submetidas a qualquer outro tipo de análise.

Pode ser considerado que a maior falha foi o CADE não efetuar uma avaliação mais detalhada em relação ao nível de fechamento do mercado antes mesmo de ter em consideração a conduta anticoncorrencial. Conforme o relatório da SDE, a AmBev argumentou que o programa de fidelidade atingia de 10% - 12% dos pontos de vendas e cerca de 10% do volume de vendas,²⁰⁶ o que é tido como uma parcela pequena do mercado vista de qualquer ângulo. Como uma pequena parte do mercado foi afetada pela prática, os concorrentes teriam ainda um acesso à maioria dos pontos de venda.

Dessa forma, mesmo que o CADE tivesse razão e o programa de fato gerasse a exclusividade dos pontos de venda em que havia contratos de fidelidade, o nível de fechamento seria pequeno e, assim tal prática dificilmente provocaria efeitos anticompetitivos.

Contudo o CADE considerou que a abordagem de marketing adotada pela empresa era extremamente agressiva, e a mesma já comprova por si própria os efeitos anticoncorrenciais do programa. A avaliação desempenhada teve maior ênfase nos efeitos potenciais, no que nos efeitos reais da prática. Justificando assim o resultado, que foi mais perto de uma análise formalista, mesmo o CADE afirmando ter sido baseada em efeitos.

²⁰⁵ Houve apenas um teste realizado, na tentativa rudimentar de avaliar o nível de desconto necessário para equiparar os ganhos obtidos com o programa da AmBev, sem haver qualquer análise efetiva da parcela contestável do mercado ou dos custos incorridos pela Ré nos intervalos relevantes da produção.

²⁰⁶ Processo Administrativo 08012.003805/2004-10, Representante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, Representada: Companhia de Bebidas das Américas – AmBev, Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan, DOU: 5 de agosto de 2009. Relatório da SDE, p.5,9 e 11.

A decisão final do CADE teve influência da legislação concorrencial da Europa, tendo referências claras à sua jurisprudência e métodos de análise para suportar a justificativa de que os descontos de fidelidade, como os exercidos pela AmBev, possuem efeitos anticoncorrenciais, fazendo inclusive referência ao Guia de Análise da União Europeia.

Esse caso, por ser um dos mais recentes sobre esse assunto e pelo fato de ter como resultado a maior multa já aplicada pelo CADE em sua história, tornou-se motivo de debates e controvérsias por todo o país.

4.3.5 Matel Tecnologia de Informática S/A –MATEC

A MATEC uma fornecedora de grandes centrais telefônicas, foi acusada a fornecer peças de reposição para empresas independentes que possuíam interesse em fornecer serviços de manutenção. Embora esse caso ser caracterizado principalmente como recusa de venda, pode também assumir outra interpretação como, venda casada. Tendo em vista que a MATEC estava vinculando a venda de serviços de manutenção á venda de peças de reposição para suas centrais telefônicas, estabelecendo assim limites, em relação a capacidade de as empresas independentes prestarem o serviço de manutenção.

A análise nesse processo foi inspirado em uma famosa e controversa sentença Kodak, que foi prolatada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1992,²⁰⁷ resultando na condenação desta empresa, por causa da vinculação ilegal da prestação de serviços de manutenção e venda de peças de reposição.

Da mesma maneira que aconteceu no caso Kodak, a Matec alegou que existiam variadas justificativas de eficiência para tal conduta, como por exemplo;²⁰⁸ o mercado de venda de produtos novos e o mercado de peças e serviços de manutenção faziam parte de um mesmo sistema, e concorriam com outros fornecedores de centrais telefônicas, e assim, deveria o CADE focar na concorrência intermarcas do mercado de produtos originais e não na concorrência intramarca no mercado de manutenção; a integração vertical dos serviços de manutenção era considerada como uma forma de prevenção quanto ao oportunismo dos

²⁰⁷ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. 451, 1992.

²⁰⁸ Processo Administrativo 08012. 000172/1998-42, Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda, Representada: Matel Tecnologia de Informática S/A – MATEC, Conselheiro Relator: Celso Fernandes Campilongo, DOU: 13 de maio de 2003.

prestadores independentes, e; a integração vertical precavia os danos potenciais à marca, o que garantia a qualidade de serviço de manutenção prestado.

O CADE não aceitou nenhuma das justificativas. Os Conselheiros estabeleceram a presença de dois mercados diferentes para peças de reposição e serviços de manutenção, em que a Matec tinha o monopólio no primeiro mercado e incentivos para excluir concorrentes no segundo mercado.

No tocante à alegação de oportunismo, o Conselheiro Roberto Pfeiffer explicitamente reconheceu o risco do oportunismo por parte de empresas independentes. No entanto, alegou que as características do mercado poderiam diminuir o risco do oportunismo ou, ao menos, reduzir sua intensidade. Quanto à reputação da marca, não existia evidência de prejuízo efetivo, e havia motivos para acreditar que os clientes poderiam fazer a avaliação de seus produtos e serviços separadamente, considerando os mecanismos de certificação utilizados pela MATEC para reconhecer os bons prestadores de serviço.

Assim, embora não ser caracterizada e tratada como venda casada, o Caso Matec comprova uma experiência de contrabalançar potenciais efeitos negativos e justificativas de eficiência, levando o CADE a concluir pela existência de impactos líquidos negativos sobre a concorrência, e a condenação da MATEC.

4.3.6 Philip Morris vs. Souza Cruz

A Philip Morris do Brasil S/A, uma grande empresa no mercado brasileiro de cigarros, argumentou, mediante uma denúncia, estar sendo excluída do mercado por causa dos contratos de exclusividade de *merchandising* e venda estabelecidos entre a Souza Cruz S/A, que no entanto era a maior empresa que produzia cigarros no Brasil, e varejistas e um atacadista.

Por motivo da Souza Cruz exercer posição dominante no mercado, a denúncia foi considerada como procedente pelas autoridades da SDE/MJ, que optaram pela abertura do processo administrativo. O parecer da SEAM/MF serviu de base à acusação de infração à ordem econômica. O caso não foi julgado pelo CADE, pois o mesmo firmou um compromisso com a empresa de Cessação de Prática, a empresa consentiu em eliminar a maioria de seus contratos.

Esse processo tem uma grande importância para a defesa da concorrência no Brasil, pois o mesmo apresenta dois aspectos significativos onde, ou existia jurisprudência expandida, ou a decisão teve uma inovação em termos conceituais, sejam, quanto à definição de mercado relevante geográfico, ou os efeitos de restrições verticais por meio de contratos de exclusividade. É necessário observar, os contratos de revenda exclusiva sem a presença de cláusulas de territórios exclusivos.

O Parecer da SEAE teve como base a regra da razão ou o princípio da razoabilidade, onde são comparados os efeitos anti e pró-competitivos, ou seja, os custos e benefícios econômicos provocados em decorrência da conduta destes acordos; foi também avaliado os efeitos líquidos dos contratos de exclusividade em nível da concorrência intramarcas e intermarcas.

Arthur Barrionuevo, alerta que o “Parecer proferido pela SEAE comete uma imprecisão conceitual”²⁰⁹, faz a análise do caso de vendas exclusivas, quando as mesmas são praticadas em conjunto com territórios exclusivos, alega que estas diminuem a concorrência intramarcas, uma vez que os distribuidores não concorrem entre si, e elevam a competição intermarcas, pois cada distribuidor dedica todos os seus esforços à venda de uma única marca.

No entanto, interpreta-se que o Parecer da SEAE não cometeu tal imprecisão conceitual, pois a prática de contratos de revenda exclusiva pode provocar, ao mesmo tempo, efeitos anti e pró-competitivos. Anticompetitivos por restringir ou impedir o acesso de outros fabricantes ao mercado revendedor; e pró-competitivos por estimular a revenda contratada a concentrar seu esforço de comercialização na marca contratante, enquanto diferentes vendas exclusivas de marcas distintas optariam o mesmo procedimento. A concorrência intramarcas seria estimulada na ausência de restrições territoriais, tendo em consideração que as vendas que possuem proximidade da mesma marca concorreriam entre si, ou perderia força na presença de territórios exclusivos, em consequência da inexistência de outras vendas da mesma marca dentro do mercado relevante.

O Parecer da SEAE menciona na parte “II- DA DEFESA”, o possível efeito pró-competitivo na concorrência intermarcas, onde a Souza Cruz alega que “14, (...) A

²⁰⁹ BARRIONUEVO FILHO, Arthur. In: MATTOS, César (org). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003, p. 268. Professor da Fundação Getúlio Vargas na Escola de Administração de São Paulo, elaborou Parecer Econômico do caso para a Souza Cruz.

exclusividade de venda é meramente ancilar em relação ao contrato de merchandising, e serve para robustecer a concorrência entre marcas, evitando o *free-rider* dos próprios varejos e dos concorrentes.” Confirmando então que a colocação de Arthur Barrionuevo não está errada, apenas não é adequada ao caso, pois se refere a contratos de revenda exclusiva nos quais não são determinadas áreas exclusivas de comercialização.

O Parecer da SEAE utiliza a substituição entre produtos para limitar quais produtos estão inseridos no mesmo mercado relevante, para isso utilizou o Teste do Monopolista Hipotético (TMH)²¹⁰, que avalia o grau de substituição em duas dimensões, a do produto e a geográfica.

O Parecer considera um maço de cigarro vendido no varejo um produto diferente de um número “y” maços de cigarros comercializados no varejo. Conforme os termos estabelecidos no TMH, havendo questionamentos quanto a rentabilidade para um monopolista de cigarro vendido em varejo realizar um ajuste de preços, e obtendo a resposta positiva, o Parecer concluiu que ambos produtos não pertencem ao mesmo mercado, fundamentando sua conclusão na existência de discriminação de preços por quantidades na indústria de cigarros, conduta que se tornaria impossível caso os cigarros vendidos em varejo e atacado fossem substitutos próximos, uma vez que todos os consumidores de cigarro vendido em varejo iriam desviar sua demanda para o cigarro vendido por atacado. Ainda, afirma por meio do ponto de vista do consumidor que obtém os dois produtos, que a compra de cigarros no atacado é destinada a uma venda posteriormente, principalmente, ou ao consumo próprio, porém não imediato, em uma medida reduzida; enquanto a compra de cigarros no varejo é destinada especialmente para o consumo próprio e imediato.

Percebe-se que é um mercado polarizado entre duas empresas, onde a Souza Cruz possui uma participação de mercado muito maior que a participação da Philip Morris, e devida está elevada participação comprova-se o poder de mercado. Embora a competição intermarcas ser alta e ter como base a diferenciação de produtos, o relatório da SEAE/MF

²¹⁰ O TMH considera um produto da empresa que está sob investigação e analisa para quais outros bens os consumidores migrariam no caso de existir um pequeno e permanente aumento de preços do produto em questão. Depois constrói uma cesta de produtos, o qual inclui o bem inicial e aqueles para os quais os consumidores passariam a adquirir, na primeira etapa do teste, então há a suposição de que todos eles tenham o mesmo ajuste de preço. Os consumidores então migrariam para outro conjunto de produtos. Essas etapas seriam repetidas até a definição do menor conjunto de bens, tal que os consumidores não migrariam para outros bens, preferindo os ajustes de preços. Esta cesta comporia o mercado relevante do produto, porque seriam estes os bens os quais os consumidores iriam considerar como substitutos próximos entre si.

observa que: “(...) é importante notar que a maior parte do esforço de venda é feita pelo provedor de cigarros em meios de comunicação de massa (...) e não em *merchandising*, cujos ativos seriam, supostamente, protegidos pela cláusula de exclusividade.” Sendo assim, o *merchandising* exclusivo tem como função complementar, não possuindo provas de que o desempenho comercial do fabricante dependa significativamente de investimentos em pontos de vendas.

A avaliação realizada evidencia que, o produto tratado é de conveniência, com um elevado custo de procura para o consumidor e onde a falta de cláusulas de exclusividade possibilitaria a efetivação de economias de escopo. Podendo dessa forma, chegar à conclusão de que a adoção de acordos de exclusividade é negativa para a concorrência.

A argumentação da Souza Cruz de que a participação de mercado da empresa Philip Morris tem sofrido elevação a nível nacional não possui muita relevância ao caso, na interpretação da SEAE, tendo em consideração que o mais importante é a avaliação dentro dos mercados relevantes de produto e geográfico definido.

Então, diante dos fatos e análises efetuadas, o Parecer da SEAE concluiu que o efeito líquido da prática de contratos de exclusividade de vendas com distribuidores de cigarros no atacado e no varejo foi negativo, devendo então ser proibida.

Portanto, o já citado Arthur Barrionuevo questionou a decisão do Parecer, argumentando que o percentual de fechamento considerado acontece devido à definição excessivamente restrita de mercado relevante geográfico utilizada pela SEAE; conforme expõe Kotler,²¹¹ não há o predomínio de importância da publicidade sobre o *merchandising*, considerando que o cigarro um bem de experiência, em que o consumidor somente reconhece a qualidade após efetuar o consumo, o *merchandising* e a exclusividade têm significância, uma vez que, estimula os consumidores a experimentar a marca desconhecida, o que eleva a concorrência.²¹²

Considerando que a fidelidade não depende de haver o consumo experimentado ou não de uma marca distinta, Barrionuevo se contradiz ao apresentar dados de fidelidade do consumo jovem à marca e ressaltar o papel do *merchandising* em promover a

²¹¹ Kotler, Philip. Administração de Marketing. São Paulo: Prentice-Hall, 2000.

²¹² Arthur Barrionuevo fundamentou essa conclusão no modelo apresentado por Tirole (TIROLOE, Jean. The Theory of Industrial Organization. Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 202-204), no qual seria, sendo as preferências dos consumidores dados e diferenciados, quanto menor a quantidade de pessoas conhecedoras da qualidade do bem do fabricante 2, maior será o preço praticado pelo fabricante 1, sendo então, maior o seu lucro.

experimentação de um novo produto, vez que, esta experimentação seria forçada pela ausência de opção, custo de oportunidade, o qual o mesmo defende ser reduzido. Pode ser considerado inadequado a defesa de Barrionuevo em relação a dimensão apropriada do mercado relevante geográfico. Ele faz citação ao American Bar Association, observando que, enquanto os mercados de manufaturados possuem a tendência de serem regionais, nacionais ou internacionais, o mercado de varejo e de serviços são mais locais.

Entretanto o Parecer do SEAE realiza uma ponderação detalhada dos efeitos anti e pró-competitivos, ao considerar a extensão das barreiras à entrada aos concorrentes, comprovado devido ao aumento das vendas Souza Cruz; o fato do potencial competitivo dos concorrentes estarem baseados na facilidade de acesso aos pontos de venda; e que o desempenho comercial dos fabricantes independe essencialmente de investimentos em pontos de venda, em razão de os mesmos não produzem externalidades positivas capazes de serem objeto de *free-riding* dos competidores.

4.3.7 Federação Nacional da Distribuição de Veículo Automotores (FENABRAVE) vs. Fiat, Volkswagen, Ford e General Motors

A FENABRAVE apresentou a denúncia ao CADE devido as práticas anticompetitivas praticadas pelas montadoras de veículos Fiat, Volkswagen, Ford e General Motors. Em seu relatório, a FENABRAVE apontou sete práticas restritivas realizadas pelas montadoras em detrimento das concessionárias de veículos, são elas: (i) preço abusivo dos veículos; (ii) preços abusivos das peças de reposição; (iii) preços abusivos das peças e mão-de-obra em garantia; (iv) obrigatoriedade de aquisição; (v) recusa de contratar; (vi) venda casada; e (vii) discriminação entre concorrentes. Essas condutas podem ser tipificadas como infrações à ordem econômica previstas no artigo 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos, V, XII, XIII e XXIV da antiga Lei nº 8.884/94.

As montadoras de veículos se relacionavam verticalmente, na cadeia produtiva da indústria automobilística, por meio de contratos de exclusividade, logo todas as práticas mencionadas acima estão inseridas dentro uma relação baseada em acordos de exclusividade. O conflito está entre as partes do contrato, e cria-se a possibilidade de analisar mais detalhadamente os diferentes interesses existentes em relações agente-principal, ou seja, as concessionárias e as montadoras.

As montadoras são responsáveis pela fabricação dos automóveis, comercializam no atacado para as concessionárias, que, por conseguinte vendem o produto no mercado varejista para o consumidor final. Em contrapartida, as concessionárias vendem também autopeças para reposição, e praticamente todas elas são fornecidas pelas próprias montadoras. Desse modo, dentre as práticas realizadas pelas concessionárias, as atividades de venda de veículos novos e de autopeças para a reposição dependem do fornecimento das montadoras em razão do estatuto legal que rege a relação entre montadoras e concessionárias, conhecida como “Lei Ferrai”²¹³, que estabelece que as montadoras não podem comercializar veículos diretamente ao consumidor final, visto que é obrigatório utilizar redes de concessionárias exclusivas.

Embora a SDE/MJ e a SEAE/MF alertarem o CADE quanto às condutas atribuídas às montadoras, que as mesmas não poderiam ser consideradas como práticas anticoncorrenciais no mercado, por motivo de não haver existência de um mercado propriamente dito nesta relação, e sim um estabelecimento de contrato vertical onde todas as partes envolvidas consentem em restringir suas condutas comerciais em benefício mútuo, o parecer do ex-conselheiro Arthur Barrionuevo, encomendado pela General Motors, encontra fatores de hierarquia e de mercado nas relações entre concessionárias e montadoras. O Conselheiro-relator Thompson A. Andrade, concluiu que, a presença de regras contratuais não é fator suficiente para afastar a aplicação da legislação antitruste e de conceitos analíticos básicos, como mercado relevante, poder de mercado e o seu abuso.

As concessionárias afirmaram estar pressionadas, por um lado os preços elevados e, de outro, a retratação da demanda. Tal situação provocou, conforme exposta as concessionárias, o acúmulo de estoques das revendas, o que as forçou reduzir os preços, o que gerou a redução das margens de lucro.

²¹³ Lei nº 6.729, de 28 de Novembro de 1979, posteriormente alterada pela Lei nº 8.132, de 26 de Dezembro de 1990. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. A aludida lei contempla as condições comerciais que para concessão comercial de veículos automotores, sendo taxativa em relação à: (i) delimitação de área geográfica para comercialização de veículos de uma marca específica; (ii) Assistência técnica, garantia e revisão; (iii) Uso gratuito, como elemento identificador, da marca do produtor; (iv) Fidelidade e exclusividade recíproca concernente aos produtos e à marca e; (v) Prazo de vigência do contrato de concessão comercial por prazo indeterminado, ou pelo prazo mínimo e inicial de cinco anos. No que tange a forma de constituição da relação de concessão comercial, esta só será válida e regular caso seja formalizada por contrato escrito, não sendo admitido a existência de contrato verbal.

De acordo com Andrade e Alves,²¹⁴ os dados de participação de mercado contínuo nos autos indicam que ao menos três montadoras, a Volkswagen, a Fiat e a General Motors, possuem poder de mercado no segmento de veículos populares e médios para impor práticas restritivas que possam prejudicar a competição no mercado de fabricantes de veículos novos e nos mercados de revenda.

A competição intermarcas é alta, devido aos acordos com estratégias de *marketing* adotadas pelas montadoras. A estabilidade das participações de mercado na indústria de veículos populares e médios é um indício à existência de rivalidade entre as montadoras, o que torna pouco provável que cada uma delas possa elevar os preços sem que haja um risco de perda de mercado para os concorrentes. Já a competição intramarcas é moderada, visto que a cláusula de exclusividade no contrato de concessão faz da montadora uma fornecedora única do distribuidor, podendo inclusive fixar os preços dos veículos para as concessionárias. Então, essa maneira de concorrência fica condicionada a quantidade de concessionárias de cada marca existente em cada região do país. Quando tem a presença de revendedoras que revendem variadas marcas de automóveis tanto novos, quanto usados, a intensidade competitiva aumenta.

O Plenário do CADE, no julgamento do processo, decidido por unanimidade, aceitou todos os argumentos utilizados pelo Conselheiro-relator, e proferiu o arquivamento do caso. Houve apenas uma discordância, no tocante ao paralelismo de preços, e foi sugerido uma abertura do processo administrativo pela SDE/MJ para a investigação de uma possível ação concertada no reajuste dos preços dos veículos automobilísticos.

O relatório do Conselheiro-relator, Thompson A. Andrade, está fundamentado na utilização da regra da razão e na análise econômica, que demonstram a preocupação do ambiente concorrencial e, visa a maximização de benefícios ao consumidor final.

²¹⁴ ANDRADE, Thompson A.; ALVES, Roberto T. In: MATTOS, César (org). A Revolução Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular. 2003, p. 352.

Conclusão

Este trabalho procurou estudar as diferentes maneiras que as restrições verticais afetam o ambiente econômico. Os principais possíveis efeitos anticoncorrenciais foram, o reforço unilateral de poder de mercado de uma empresa que detém posição dominante no mercado relevante de origem, o aumento das barreiras à entrada no mercado para competidores efetivos ou em potencial, inclusive por aumento de custos de concorrentes e a redução da concorrência intramarcas. As principais eficiências estão na, redução de custos de transação, a eliminação das externalidades e os ganhos de economias de escala e de escopo no mercado alvo.

Os acordos de exclusividade, os descontos condicionados e a venda casada são condutas comerciais rotineiras adotadas pelas empresas dominantes e, por empresas não dominantes. Tais condutas, na maioria das vezes, são pró-competitivas e uma forma de eficiência considerável, embora, pode haver casos, em que essas práticas produzam efeito de fechamento de mercado.

Pelo fato das restrições verticais poderem ser fontes de eficiência, as normas de ilegalidade *per se* devem ser evitadas, tendo em vista que as mesmas podem levar a um viés de condenatório excessivo das normas de defesa da concorrência e, assim, restringir alguns tipos de práticas pró-competitiva. As normas que procuram diferenciar as práticas pró e anticompetitiva com base na forma dessa conduta deveriam ser da mesma forma evitadas, pois a forma de uma medida não diz muito sobre o seu impacto em relação à concorrência. No entanto, a abordagem formalista pode induzir a erros substanciais de análise e afetar a credibilidade dos regimes de concorrência.

As autoridades e os tribunais concorrenciais poderiam optar por testes que procurassem identificar os efeitos pró e anticompetitivos de uma prática e contrabalancear. Nenhuma restrição vertical deveria ser eliminada sem que haja comprovação que a mesma afeta a concorrência e causa prejuízo ao consumidor. A análise baseada em efeitos possui a necessidade de ser avaliada através de uma sólida estrutura analítica para que possa se estabelecer padrões consistentes de prova, sendo o meio mais eficiente de aplicação da lei de defesa da concorrência.

As restrições verticais são atos praticados pelos agentes econômicos dentro de uma mesma cadeia produtiva que impõem restrições aos outros fornecedores e

consumidores, que impossibilitam que os mesmos possam adquirir produtos diferentes. Essa prática tem como finalidade o ganho de eficiência, embora, muitas vezes provoque efeitos anticoncorrenciais. Posto isso, o fato de existir a possibilidade de uma mesma prática provocar, em determinados casos, efeitos positivos e, em outro, efeitos negativos, o aplicador das normas ao proferirem suas decisões deve se valer da regra da razão e não da regra *per se*.

Os mercados eficientes possibilitam aos consumidores finais melhores preços, inovação dos produtos e oferta. A finalidade da política da concorrência é a manutenção de mercados concorrenciais, como uma forma de estímulo à eficiência industrial, ao desenvolvimento técnico e a flexibilidade de ajustamentos à um ambiente que está em constante mudança, e principalmente, a maximização do bem estar na sociedade, uma vez que, a venda de uma quantidade reduzida de produtos a um preço maior poderá gerar uma perda social líquida.

Na União Europeia, as restrições verticais adotadas pelas empresas dominantes devem ser analisadas com embasamento no art. 102 do TFUE, pois o mesmo é um dispositivo amplo desenvolvido para que não haja qualquer tipo de abuso de posição dominante. No Guia de Análise de 2008, a Comissão demonstrou suas prioridades no tocante à execução do art. 102, sendo assim, não se torna necessário a introdução de emendas ao TFUE ou adotar orientações interpretativas para que uma abordagem com base em efeitos seja empregada na análise das restrições verticais adotadas por empresas dominantes.

Esta abordagem baseada em efeitos contida no Guia de Análise, que é fundamentada no pensamento moderno econômico, é muito seguida pelas agências e cortes dos Estados Unidos, e por muitos outros países. Também é sustentada pela maioria dos estudiosos das leis de defesa da concorrência e de economia em todo o mundo.

O “Caso Nestlé” demonstra que a Autoridade da Concorrência portuguesa, em sua ação, mostrou-se muito benéfica, não só para os outros agentes econômicos com interesses no mesmo mercado, mas também para todos os cidadãos, pois contribuiu para que houvesse justiça e transparência na venda de um produto, o café, cujo consumo se encontra enraizado nos hábitos alimentares da população portuguesa.

O trabalho desenvolvido pela Direção Geral da Concorrência da União Europeia e pelas Autoridades da Concorrência em cada Estado membro, eventualmente, deve adotar

um maior reforço orgânico das medidas à utilizarem futuramente e dos poderes das entidades, uma vez que as mesmas já comprovaram sua eficácia e pelo fato da quantidade de violação às normas da concorrência estar aumentando. Quando uma Autoridade da Concorrência possui garantias de independência em suas práticas, eficácia e transparência em seus procedimentos torna-se então, um elemento essencial para estabelecer as relações de mercado, em que a concorrência está cada vez maior.

Para a jurisdição brasileira ainda em desenvolvimento, a estrutura analítica proposta pelo Guia de Análise poderia servir como um ponto de partida para estabelecer determinadas definições mais concretas para a atual abordagem com base em efeitos aplicada pelas autoridades. No Brasil o problema não é tanto pela falta de concordância sobre a utilização da abordagem com base em efeitos, mas o fato de que tal abordagem é feita através de testes de equilíbrio que têm como base critérios qualitativos não levando em consideração os testes quantitativos.

Após a análise de casos concretos, percebe-se que o órgão antitruste, relacionado ao reconhecimento da existência da regra da razão e de sua adoção como fundamento, não a utiliza de forma adequada, apresentando soluções superficiais que se aproximam mais de uma decisão com fundamentos na regra *per se* do que na regra da razão. Pois não há um padrão de provas objetivas em suas análises.

A ausência de um critério objetivo nos níveis de investigação e nos padrões de provas gera divergência em julgamentos semelhantes. A insegurança jurídica provocada pela falta de previsibilidade não permite que os agentes econômicos adotem estratégias de mercado que poderia ser eficientes, e pelo órgão antitruste não deixar claro seu entendimento sobre a legalidade de sua conduta, optam por não adotar essas estratégias, e a consequência é a falta de eficiência de mercado.

As normas antitrustes são designadas para proteção do mercado competitivo, dos consumidores e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia por um ambiente concorrencial saudável, coordenando condutas e reprimindo condutas anticoncorrenciais. Quando decisões proferidas pelos órgãos antitrustes punem práticas eficientes e absolvem práticas que causam danos à concorrência, acontece uma falta de lógica do modelo jurídico de incentivos. Os agentes econômicos por isso, ou param com a inovação e procuram maneiras de melhorar a eficiência, ou, aderem condutas anticoncorrenciais, com a lógica de que os lucros podem ser maiores, mediante a probabilidade de condenação.

Devido a complexidade das análises antitrustes das restrições verticais, o aplicador da norma não deve renunciar estudos econômicos aprofundados, iniciando-os com a opção adequada do nível de investigação diante dos seus custos e dos custos sociais provenientes de possíveis erros de diagnóstico e prognóstico.

Decisões anticoncorrenciais fundamentadas na teoria econômica comprovam uma maior maturidade e nível de progresso do órgão concorrencial. Essas decisões possuem características mais quantitativas do que qualitativas, portanto, mais distante da discricionariedade dos julgadores e maior previsibilidade.

Não é possível afirmar qual será o tratamento dado às restrições verticais no futuro no Brasil, porém, primeiramente deverá compreender com clareza a maneira como o assunto é abordado atualmente, e principalmente, a necessidade de alteração legislativa que refere a matéria, que poderia introduzir critérios objetivos de padrão de prova e ressaltando a importância de uma avaliação com auxílio em critérios quantitativos.

A análise dos impactos que as práticas restritivas verticais têm sobre os mercados é significativamente complexa, seja porque essas práticas se caracterizam por se manifestarem sob uma ampla variedade de formas e instrumentos contratuais, ou porque os efeitos concretos de cada conduta dependem principalmente, em sua natureza e magnitude, do contexto em que ela é implementada.

Portanto, uma análise correta sobre a ilegalidade de uma conduta concreta, em um mercado específico, não pode ser feita sem ter em consideração um amplo conjunto de informações sobre as condições específicas do caso em questão pelas autoridades de defesa da concorrência.

Particularmente, as práticas restritivas exercidas por empresas que possuem uma forte posição dominante devem ser analisadas com muita cautela pelos órgãos antitruste, tendo em vista o elevado risco de que provocam efeitos anticompetitivos líquidos, ou seja, uma redução do excedente dos consumidores.

Referências Bibliográficas

- AHLBORN, Christian; BAILEY, David, “Discounts and selective pricing by dominant firms: a trans-atlantic comparison”, 2 European Competition Journal, 2006.
- AKERLOF, George A., The market of lemons: quality uncertainty and the market mechanism, The Quarterly Journal of Economics, v. 84, n. 3, 1970.
- ANDRADE, Thompson A.; ALVES, Roberto T. In: MATTOS, César (org). A Revolução Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira. Textos para discussão n. 264. São Paulo: FGV-EESP, 2010.
- AZEVEDO, Paulo Furquim. Contratos – uma perspectiva econômica, Parte II do artigo Economia dos contratos, in Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações, et alii, organizado por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn Rio de Janeiro, 2ª reimpressão, 2005.
- BADIN, Arthur. Venda Casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. Revista de Direito da Concorrência, n.5, São Paulo: Thompson IOB, 2005.
- BANCO MUNDIAL; OCDE. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Washington-Paris, 1999. Disponível em: [[HTTP://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html](http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html)].
- BARBOT, “Competition in complementary goods: Airport handling markets and Council Directive 96/67/EC”, Working Paper n. ° 2010-01, Centro de Economia e Finanças da Universidade do Porto, 2010.
- BARRIONUEVO FILHO, Arthur. In: MATTOS, César (org). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003.
- BAUMOL, W. J., Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Revised Edition, Harcourt Brace Javanovich, 1988.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello, Ensaios sobre o capitalismo no século XX, UNESP, 2004.
- BESANK, D., PERRY, M. K., “Equilibrium Incentives for Exclusive Dealing in a Differentiated Products Oligopoly”. Rand Journal of Economic, 1993.

BESANKO, David; DRANOVE, David; Shanley, Mark. *Economics of Strategy*. 2nd ed. New York: John Wiley & Sons, 2000.

BISHOP, “Delivering benefits to consumers or per se illegal? Assessing the competitive effects of conditional rebates” in *The pros and cons of price discrimination*, Swedish Competition Authority, 2005.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox – A policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1978, New Edition, 1993.

BORK, Robert, “Vertical integration and the Sherman act: the legal history of an economic misconception,” *The University of Chicago Law Review*, 1954.

BRESNAHAN, Timothy, *Network Effects and Microsoft*, SIEPR Discussion Paper n. 00-51, ago. 2001. Disponível em: [www-siepr.stanford.edu/papers/pdf/00-51.pdf].

BRUNA, Sergio. *O poder econômico e a conceituação do seu abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

CARLTON, Dennis W.; Perloff, Jeffrey M. *Modern Industrial Organization*. 3rd ed. New York: Addison Wesley Longman, 2000.

CATERMOL, F. “Inovações e Contestabilidade: Algumas considerações sobre Eficiência Económica”, *Revista do BNDES*, V, 11, N. 22, 2004.

Case No. 2:14-CV-2094-ES-MAH, *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), p. 17, disponível em:
[https://www.ftc.gov/system/files/documents/amicus_briefs/mylan-pharmaceuticals-inc.v.celgene-corporation/140617celgeneamicusbrief.pdf]

CHURCH, Jeffrey; WARE, Roger. *Industrial Organization: A strategic approach*, New York; McGrawHill, 2000.

COASE, Ronald. *The Nature of The Firm*. *Economica*, n. 4, 1937.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, n.3, 1960.

COELHO, Fabio. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMISSÃO EUROPEIA. *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*. European Commission. Brussels. 2002.

COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES E DOS ÓRGÃOS DA UNIÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por*

parte de empresas em posição dominante (Texto relevante para efeitos do EEE), (2009/C 45/02).

COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO EUROPEIA COMISSÃO EUROPEIA Orientações relativas às restrições verticais (Texto relevante para efeitos do EEE) (2010/C 130/01).

CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007. Revista do IBRAC, v. 15, n. 4, 2008.

Decisão da Comissão de 13-05-2009, COMP/37-990 Intel, disponível em: [HTTP://ec.europa.eu/competition/sectors/ict/Intel.html].

ELHAUGE, Einer, Defining Better Monopolization Standards, Stanford Law Review 253, 2003.

ELHAUGE; Einer, GERADIN; Damien, Global Competition Law and Economics, Hart Publishing. 2nd ed., 2011.

EVANS, David S., SALINGER, Michael, Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law, 22 Yale Journal on Regulation 37, 2002.

FAELLA, Gianluca, “The antitrust assessment of conditional discounts and rebates”, Journal of Competition Law and Economics, 2008.

FAGUNDES, Jorge. Cláusulas de raio e o caso Iguatemi. Revista do IBRAC, v. 14, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FELDMAN, R. Cooper, “Defensive leveraging strategy in antitrust”, Georgetown Law Journal, 2079, 1999.

FERRARESE, Maria Rosaria. Il mercato ed i suoi significati. Diritto e mercato. Torino: G. Giappichelli, 1992.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. Revista do IBRAC, v. 4, n. 1. São Paulo: IBRAC, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei da proteção à concorrência: comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- FORGIONI, Paula A. Direito Concorrencial e restrições verticais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FRANCESCHINI, José Inácio. Introdução ao direito da concorrência. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FRASCO, Gregg. Exclusive Dealing: a comprehensive case study. Maryland: University Press of America, 1991.
- GABAN, Eduardo M., DOMINGUES, Juliana O. Direito Antitruste. 3. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste: o combate a cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GERADIN, Damien, NETO, Caio M. da S. P. Restrições Verticais Adotadas Por empresas Dominantes. Coleção Estudos do Cedes, Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GICO JR., Ivo. TIMM, Luciano (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Venda casada de produtos e serviços no sistema financeiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, n 47, 2003
- GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Venda casada de produtos e serviços no sistema financeiro. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC. v. 5. 2002.
- GONÇALVES, Priscila Brólio. Fixação e sugestão de preço de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo: Singular, 2002.
- GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 225.
- GREEN PAPER on Vertical Restraints in EU Competition Policy COM(96) 721, Janeiro, 1997.
- GRIMES, Warren S. Free rider explanation for vertical agreements. In: PITOKSFY, Robert (Org.). How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GRIMES, Warren S., Brand Marketing, Intrabrand Competition, and the Multibrand Retailer: The Antitrust Law of Vertical Restraints, 64 ANTITRUST L. J. 83 (1995).

HOVENKAMP, Hebert. Federal antitrust policy – the law of competition and its practice. St. Paul: Hornbook series, West Publishing CO., 1999.

HOVENKAMP, Herbert, “Post-Chicago antitrust: a review and critique”, Columbia Business Law Review, 2001.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust. Saint Paul: West Publishing Co., 1993.

HOVENKAMP, Herbert. Economics and Federal Antitrust Law. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1985.

“In the Guidance Paper on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?” in F. Etro e I. Kokkoris, Eds, Challenges in the Enforcement of Article 102, Oxford University Press, 2010.

JACOBSON, Jonathan M. Exclusive Dealing, “Foreclosure”, and Consumer Harm. Antitrust Law Journal. V.70, n.2, 2002.

JONES; Alison; SUFRIN, Brenda. EU Competition Law, Oxford University Press; 4 edition, 2010.

KAY, J. A. Vertical Restraints – Vertical Restraints in European Competition Policy. European Economic Review. V. 34, 1990.

KOLAY, S., SHAFFER, G., ORDOVER, J. “All units discounts in retail contracts”. Journal of Economics e Management Strategy, vol. 13, 2004.

KORAH, Valentine; O’SULLIVAN, Denis. Distribution agreements under EC competition rules. Portland: Hart Publishing, 2002.

KOTLER, Philip. Administração de Marketing. São Paulo: Prentice-Hall, 2000.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economics and Legal Thinking. Competition Policy Center, Working Paper nº CPC99-09, October, 1999.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economics and Legal Thinking. Competition Policy Center, Working Paper nº CPC99-09, October, 1999. Disponível em: [<http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/publications.html>].

KRATTENMAKER, Thomas G., SALOP, Steven C., The Yale Law Journal, Article: Anticompetitive Exclusion: Raising Rival’s Costs to Achieve Power over Price. v 96, n. 2, 1986.

LANGE, J. Temple, O’DONOGHUE, R., “The Concept of Exclusionary Abuse under Article 82”, GCLC Research Paper on Article 82, July 2005, mimeografado.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Propriedade intelectual: uma abordagem pela análise econômica do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O dumping como forma de abuso do poder econômico. *Revista de Direito Mercantil*, v. 91, n. 5, 1993.

LOPES, José Reinaldo de Lima, Raciocínio jurídico e economia. Imprensa: Belo Horizonte, Forum, v. 2, n 8, 2004.

MACNEIL, Ian. Relational contract theory: unanswered questions a symposium in honor of Ian R. Macneil: relational contract theory: challenges and queries. *Northwestern University Law Review*, Spring, 2000.

MARTINS, Arthur Villamil, ANDRADE, Hugo Frederico de Pádua, SANTOS, Paula Márcio Reis. Venda casada no direito da concorrência. In. *Temas de Direito da Concorrência*. João Bosco Leopoldino da Fonseca (Org.). Faculdade de Direito da UFMG: Belo Horizonte, 2005.

MATSUMURA, E., MELLO, M. Guia de análise de práticas anticompetitivas: restrições verticais. Relatório Final no Âmbito do Projeto ‘Estudos em Métodos Quantitativos Aplicados à Defesa da Concorrência e à Regulação Econômica’. SDE, IPEA, ANPEC, Brasília, 2005.

MATTOS, César. Fixação de preço de revenda (resale price maintenance-RPM): elementos para um roteiro de investigação. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 4.

MELLO, Maria T. L. Defesa da Concorrência, In: Kupfer, David; HASENCLEVER, Lia. (org.). *Economia Industrial: Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

MIRON, Rafael Brum. O Direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In ROCHA, João et al. (eds). *Lei antitruste: 10 Anos de combate ao abuso de poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 215.

Motta, M., *Competition Policy: theory and practice*, Cambridge, 2004.

Neumann, M. e J. Weigand, *The international handbook of competition*, Edward Elgar, 2004.

NORONHA, João, “A Aplicação no Tempo do Novo Regime Jurídico da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano III, n.º 10, 2012.

NORTH, Douglass. *Institutions and economic theory*. *American Economist*, v. 36, 1992.

OCDE. *Resale Price Maintenance: Competition Policy Roundtables*. Paris, 1997.

OECD, Joint Group on Trade and Competition. Competition and Trade Effects of Vertical Restraints [COM/DAFFE/CLP/TD(99)54]. 1999.

O' DONOGHUE, Robert, PADILLA, Jorge, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006,

OLIVEIRA NUSDEO, Ana Maria de. Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresa. São Paulo: Malheiros, 2002.

PACHECO, Pedro Mercado, El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica. Volume 38 de El Derecho y la justicia. Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PONDÉ, J. L., FAGUNDES, J., POSSAS, M. L. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. Anais do XXIX Encontro Nacional de Economia. Salvador, ANPEC, dezembro, 2001.

Portugal: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality, 17 de Maio de 2011.

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

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. Wolters Kluwer Law & Business. 7ª ed. 2007.

POSNER, Richard A. The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per se Legality. University Chicago Revue, v. 48, 1981.

POSNER, Richard A., "Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 53, 1998.

POSNER, Richard A., Antitrust Law – An Economic Perspective, Chicago, 1976.

POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. Antitrust: cases, economics notes, and other materials. 2nd ed. Chicago: West Group, 1981.

REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 DO CONSELHO de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.o e 82.o do Tratado (Texto relevante para efeitos do EEE).

Regulamento nº 2790/1999.

RESOLUÇÃO N.º 20. CADE, 1999.

REY, P., VERGÉ, T. The economics of Vertical Restraints. Paper preparado para a conferência 'Advances of the Economics of Competition Law' em Roma. Junho, 2005.

REY, P. The economics of Vertical Restraints, disponível na Internet pelo endereço [http://esnie.u-paris10.fr/pdf/textes_2004/rey_vertical-res.pdf. 2003].

RIDYARD, Derek, “Exclusionary pricing and price discrimination abuses under article 82- An economic analysis”, *European Competition Law Review*, 2002.

SALINGER, Michael, EVANS, Curing sinus headaches and tying Law, An empirical analysis of bundling descongestants and pail relievers, *Cesifo Working Paper n. 1519*, ago. 2005. Disponível em: [www.econstor.eu/bitstream/10419/18983/1/cesifo1_wp1519.pdf].

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. ed.1 Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3rd Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Moacyr A. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. *Análise do Cartel das Produtoras de Papelões na Comunidade Européia*. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org.). *O Cartel*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SCHERER, F. M. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. 2nd ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1980.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes*. In: POSSAS, Mário L. (org). *Ensaio sobre economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

SEGAL, Ilya R., WHINSTON, Michael D., *Exclusive contracts and protection of investiments*, *Journal of Economics*, v. 31, n. 4, 2000.

SILVA, Leonardo Rocha e. *Law and policy towards vertical restraints of trade: the case of Brazil*. *Boletim Latinoamericano de Competencia*, n. 9, 2000.

STEUER, Richard M. *Exclusive Dealing in Distribution*. *Cornell Law Review*. v. 69, 1983.

STEVENS, Dallal. *Framing competition law within an emerging economy: the case of Brazil*. *Antitrust Bulletin*, v. 40, 1995

STIGLER, George J., *The Theory of Economic Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Volume 2, Issue 1, Spring, 1971.

Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007 (JO C 306 de 17.12.2007).

- TIROLE, Jean. The Theory of Industrial Organization. Cambridge: The MIT Press, 2003.
- VAN DEN BERGH, Roger. Introduzione – L'analisi economica del diritto della concorrenza. Diritto antitrust italiano. Bologna: Zanichelli, 1993.
- VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. Economics Regulation and Antitrust. Cambridge: The MIT Press, 2005.
- WILLIAMSON, Oliver. E. e WINTER, S., The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- WILLIAMSON, Oliver. E. The Economic Institutions of Capitalism . New York: The Free Press. 1985.
- WILLIAMSON, Oliver E. Why law, economics, and organization, disponível em: [[HTTP://papers.ssrn.com/paper.ta?abstract_id=255624](http://papers.ssrn.com/paper.ta?abstract_id=255624)].

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, British Airways/Comissão (C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 30), em conjugação com os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, Michelin/Comissão (T-203/01, Colect., p. II-4071, n.º 239), e de 17 de Dezembro de 2003, British Airways plc./Comissão (T-219/99, Colect., p. II-5917, n.º 293).

Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo nº 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG vs. Comissão das Comunidades Europeias, 25 de outubro de 1983.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo nº 161/84, Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 28 de Janeiro de 1986.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo nº 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG vs. Comissão das Comunidades Europeias, 25 de Outubro de 1977.

Acórdão do Tribunal de Justiça, processo nº 322/81, Michelin vs. Comissão da Comunidade Europeia, 09 de novembro de 1983.

Acórdão do Tribunal de Justiça, processo nº 322/81, NV Neaderlandische Banden Industrie Michelin vs. Comissão das Comunidades Europeias, 09 de Novembro de 1979.

Acórdão do Tribunal de Justiça, processo nº 56/64, Consten SaRL e Grundig GmbH vs. Comissão das Comunidades Europeias, 13 de julho de 1966.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo nº 78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH vs. Metro SB. Grossmarkte GmbH & Co. KG., 08 de Junho de 1971.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo nº 85/76, Hoffman-La Roche & Co. AG vs. Comissão das Comunidades Europeias, 13 de fevereiro de 1979.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Processo nº T-201/04, Microsoft Corp vs. Comissão das Comunidades Europeias, 17 de setembro de 2007.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Van den Bergh Foods vs. Comissão das Comunidades Europeias, 23 de outubro de 2003.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Processos apensos C-395/96P e C-396/96P, Compagnie Maritime Belge Transports AS. vs Comissão das Comunidades Europeias, 16 de março de 2000.

Decisão da Comissão Europeia, Processo nº 98/531, IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 Van den Bergh Foods Limited, de 11 de março de 1988.

Decisão da Comissão Europeia, Processo nº COMP/C-3/37.990, OJ C 227/7, Intel, 13 de maio de 2009.

Decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência, Processo nº 31/04, Nestlé Portugal S/A, 20 de abril de 2006.

Processo Administrativo nº 01/91, Intersales Indústrias e Comércio Internacional vs. Sharp Indústria e Comércio, Conselheiro Relator: Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, 28 de maio de 1993.

Processo Administrativo nº 08012.000172/1998-42, Power-Tech Teleinformática Ltda, vs. Matel Tecnologia de Informática S/A – MATEC, Conselheiro Relator: Celso Fernandes Campilongo, 13 de maio de 2003.

Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A vs. Companhia de Bebidas das Américas – AmBev, Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan, 05 de agosto de 2009.

Processo Administrativo nº 148/94, Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo – Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo vs. Indústrias Alimentícias Gerais (KIBON), Conselheiro Relator: Leônidas Rangel Xausa, 08 de janeiro de 1998.

Processo Administrativo nº 08000.017766/1995-35, Fiat vs. UNICAR, Conselheira Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva, 06 de outubro de 1999.

Processo Administrativo nº 0089/92, Autolatina, Conselheira Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva, 29 de setembro de 1999.

Processo Administrativo nº 08000.011085/94-62, DPDE “ex officio” vs. Oxigênio do Amazonas, Conselheiro Relator: Arthur Barrionuevo, 31 de julho de 1997.

Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25, CADE vs. Souza Cruz E Philp Morris, 27 de julho de 2005.

Processo Administrativo nº 08012.006808/2000-81, SDE "ex officio" vs. Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – FENABRAVE, Conselheiro Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos, 01 de setembro de 2008.

Processo Administrativo nº 08012.006241/97-03, Francisco Vicente P. Catunda vs. Drogarias Vison, São José, Santa Marta e Rosário, Rede da Economia, Conselheiro Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto, 29 de maio de 2002.

Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43, Associação dos lojistas de Shopping do Estado de São Paulo e Procuradoria Geral do CADE vs. Condomínio Shopping Center Iguatemi, Conselheiro Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos, 19 de dezembro de 2007.

Processo Administrativo nº 138/93, Depósito de Bebidas Cereais Alvorada vs. Companhia Cervejaria Brahma, 10 de março de 1999.

Processo Administrativo nº 31, Fiat vs. Transaude, Conselheira Relatora: Neide Terezinha Mallard, 06 de outubro de 1993.

Processo Administrativo nº 32/92, Secretaria de Direito Econômico vs. Valer Alimentação e Serviços Ltda., 22 de abril de 1993.

Processo Administrativo nº 62/92, Departamento de Proteção e Defesa Econômica-DADE vs. Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo AHESP, Conselheira Relatora: Neide Teresinha Mallard, e Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, 11 de novembro de 1994.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Eastman Kodak Co. vs Image Technical Services, 504 U.S. 451, 8 de junho de 1992.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Albrecht vs. Herald Co., 390 U.S. 145, 4 de março de 1968.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Continental T.V., Inc. vs. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 23 de junho de 1977.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Leegin Creative Leather Prods., Inc. vs. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 28 de junho de 2007.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Microsoft vs. Estados Unidos, 346 U.S. ,App. D.C 330, 28 de junho de 2001.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Standard Fashion Co. vs. Magrane-Houston Co., 258 U.S.346, 10 de Abril de 1922.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Standard Oil Co. of Cal. vs United States (Standard Stations), 337 U.S. 293, 305-06, 13 de junho de 1949.

Suprema Corte dos Estados Unidos, Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States, 221 U.S. 1, 15 de maio de 1911.

Supremo Tribunal de Justiça, Resolução 261.155-SP, UNIMED Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico vs. Marialda Meyer de Castro Araújo, Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito, 03 de maio de 2004.

Tribunal Judicial do Porto, 8º Vara Cível, processo 4374/04, Nestlé Portugal S/A vs. Café de Palha 15 de setembro de 2006.