

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

JOÃO FRANCISCO MENEGOL GUARISSE

**ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS CLÁUSULAS DE
EXCLUSIVIDADE NO DIREITO CONCORRENCIAL**

PORTO ALEGRE

2011

JOÃO FRANCISCO MENEGOL GUARISSE

**ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS CLÁUSULAS DE
EXCLUSIVIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador Prof. Dr. Fábio Morosini

PORTO ALEGRE

2011

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, que sempre me apoiou mesmo quando esta parecia uma atitude irracional. Aos meus pais, todos os quatro. Pois tenho quatro pais – mãe, padrasto, pai e madrasta – que muito respeito e amo. E meus quatro avós, por estarem sempre ao meu lado e por me estragarem na medida certa.

Agradeço os meus colegas de colégio, Bruno, Pablo, Renan, Vicente e Wagner, que ajudaram a me tornar quem eu sou hoje, pro bem e pro mal. Eu ainda me vejo pegando os trejeitos de cada um deles. Eu sorrio cada vez que penso nas sextas-feiras em que a gente trocou ideias numa mesa da Petisqueira comendo comida superfaturada.

Também meus colegas de faculdade, por me aturarem, nas inúmeras discussões sobre basicamente qualquer coisa. Em especial, o Bruno Becker, Bruno Migowski, Vinícius Aquini, Nani Garbini, Pablo Baquero, Felipe Russomano, Louise Bassan, Martha Termignoni, Yvi Tomaz, Julia Soll, Joana Zanon e Bruna Fritzen.

Não posso esquecer os Professores Fábio Morosini, Augusto Jaeger Jr. e Cláudia Lima Marques, que tornaram minha formação acadêmica melhor do que eu poderia imaginar. Também, o Prof. Stefano Florissi, que me mostrou a engenhosidade e a beleza da economia. Gostaria de agradecer a Ades e a Graça, pela constante ajuda.

Por fim, gostaria de agradecer meus amigos João Leonardo Fracassi, Mário Guidoux, Gabriel Giambastiani, Fábio Ostermann, Anthony Ling e Luisa Balbinder e à Marina Moreira.

RESUMO

O trabalho busca, em um primeiro momento, compreender a perspectiva adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no julgamento de restrições verticais, com ênfase dada às premissas explícitas e implícitas que fundam a análise do CADE. Em seguida, mostrou-se o histórico de julgamentos a respeito das cláusulas de exclusividade, para que se evidencie como se deu a evolução de sua jurisprudência. Por fim, foram analisadas mais a fundo a teoria e as evidências empíricas a respeito do tema, com o objetivo de verificar se os pressupostos que fundamentam o controle das cláusulas de exclusividade são de fato existentes.

PALAVRAS-CHAVE

Concorrencial – Exclusividade – CADE – Concorrência – Restrições Verticais – Distribuição – *Exclusive Dealing*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
1.1 O conceito de cláusula de exclusividade no direito brasileiro	6
1.2 Objetivo e Metodologia.....	9
2 O TRATAMENTO CONFERIDO ÀS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO BRASIL.....	11
2.1 Considerações Iniciais.....	11
2.2 O Tratamento das Restrições Verticais no Direito Brasileiro	13
2.2.1 Caracterização da Conduta.....	14
2.2.2 Análise das Condições Estruturais e Institucionais	19
2.2.3 Ponderação dos Efeitos Anticompetitivos e das Eficiências da Conduta.....	22
3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE	37
3.1 A teoria das cláusulas de exclusividade	37
3.2 Julgamentos Envolvendo Cláusulas de Exclusividade.....	40
3.2.1 Casos julgados antes de 1994.....	40
3.2.2 Casos julgados após 1994	41
3.3 Julgamentos Envolvendo Cláusulas de Raio.....	51
4 ASPECTOS ECONÔMICOS DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE.....	55
4.1 Justificativas para o Uso de Cláusulas de Exclusividade	56
4.1.1 Acordos de Exclusividade como Arranjos Eficientes	56
4.1.2 Acordos de Exclusividade como Meios de Exclusão de Competidores.....	61
4.2 Evidências Empíricas	64
4.3 Conclusão.....	73
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS	77
ÍNDICE DE CASOS	88
Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).....	88
APÊNDICE A	91

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca clarificar o tratamento dado às cláusulas de exclusividade no direito antitruste brasileiro. Essa introdução terá dois objetivos: em primeiro lugar, clarificar o tema desse trabalho; e, em segundo lugar, estabelecer os objetivos e a metodologia do trabalho.

1.1 O CONCEITO DE CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

As cláusulas de exclusividade são uma modalidade de restrições verticais existente no direito brasileiro. Antes de iniciar uma discussão a respeito do tratamento conferido a elas em nosso ordenamento, é preciso clarificar melhor o objeto de nosso estudo, em especial o conceito de “restrição vertical” e de “cláusula de exclusividade”.

Primeiro, põe-se sob análise o conceito de “restrição vertical”.

Restrições verticais são, nos termos do Regulamento n. 20 de 1999, “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva”.¹ Essa definição regulamentar, para ser bem compreendida, depende do entendimento prévio de dois conceitos para a incidência do suporte fático da norma nos atos econômicos de restrição vertical empresarial a saber: a) o de “restrição” e b) o de restrição “vertical”.

Uma restrição, para os fins desse trabalho, é uma medida que envolve a concorrência de dois componentes: em primeiro lugar, é preciso haver algum grau de *imposição* (e.g. quando uma parte com poder de mercado exige determinado comportamento de outra parte); em segundo lugar, a medida deve ser uma limitação à liberdade da parte que sofre a imposição (e.g., impossibilidade de contratar empresa concorrente da dominante).

¹ Resolução nº 20/99 do CADE, Anexo I, p. 4.

Passando agora para o segundo questionamento: o que significa dizer que uma restrição é “vertical”? Em primeiro lugar, vale indicar que a verticalidade da restrição é privada. Ou seja, o agente que limita a atuação do outro não pode ser o Estado. Pelo contrário, as restrições verticais devem envolver necessariamente dois agentes econômicos privados. Diversos casos do CADE já concluíram que as leis de defesa da concorrência não se aplicam às atividades prestadas em regime de direito público, incluindo concessões, permissões ou autorizações de serviço público².

Mas dizer que a relação entre as partes deve ser privada não resolve a questão. É preciso ainda determinar o que seria uma relação privada *vertical*. Nesse caso, está-se falando dos estágios diversos de uma mesma cadeia de produção (Forgioni, 2008b, p. 418). O exemplo clássico é uma relação comercial entre um fornecedor e seus revendedores, ou entre um fornecedor e os pontos de venda que comercializam seu produto diretamente com os consumidores³.

Ainda assim, é possível haver dúvidas sobre como classificar uma relação jurídica – se “vertical” ou “horizontal”. Dois casos podem ilustrar a distinção entre essas duas hipóteses. No caso AHERJ⁴, três entidades (a Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro, a Associação de Hospitais da Cidade do Rio de Janeiro e o Sindicato de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro) foram investigadas por suposto ato consistente em influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre filiados através de emissão de tabelas estipulando preços dos serviços por estes prestados. Nesse caso, foi considerado que havia relação vertical entre uma associação e seus associados, sendo este o posicionamento consagrado pelo CADE em casos semelhantes.

No caso UNIMED Rio Claro⁵, foi analisada pelo STJ a possibilidade ou não de uma cooperativa de seguro-saúde exigir a exclusividade dos médicos cooperados. A Segunda Seção do STJ se dividiu, mas predominou a tese de que a cooperativa poderia exigir a unimilitância de seus cooperados, dado o mutualismo existente nas relações dos médicos com

² V. CADE, caso AHESP (Processo Administrativo n.º 62/92, j. 9.11.94); no mesmo sentido, CADE, caso EMDEC (Processo Administrativo n.º 20/92, j. 24.8.1994).

³ Para facilitar a compreensão do leitor, utilizou-se, nesse trabalho, o termo ‘fabricante’ para denominar as empresas a montante e ‘revendedor’ para empresas a jusante.

⁴ CADE, caso AHERJ (Processo Administrativo n.º 08000.008365/1995-00, Rel. Cons. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, j. 19.6.2002).

⁵ V. STJ, caso UNIMED Rio Claro (STJ, REsp 261.155-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/03/2004)

a cooperativa. Não é possível retirar uma resposta definitiva a partir dessa decisão, mas o Superior Tribunal de Justiça dá a entender que não há uma relação vertical entre as partes, visto que a cooperativa angaria contratos de prestação de serviços *em prol* dos próprios médicos dela integrantes, não havendo aí oposição de interesses.

Essa não é ainda uma discussão superada. Não obstante, parece-nos seguro propor um teste para verificar a existência de uma relação vertical entre as partes. Trata-se de realizar duas questões: (1) as empresas em análise encontram-se em estágios diversos de uma mesma cadeia de produção? e (2) há oposição (ou sobreposição) substancial de interesses entre as entidades?

Tem-se então que há uma restrição vertical quando uma firma, que opera em distinto estágio de produção de outra e cujos interesses sejam total ou parcialmente opostos aos desta, impõe à segunda firma certos comportamentos que atentem contra a livre iniciativa desta. Estas restrições, por razões que serão vistas *infra*, podem trazer efeitos danosos à concorrência. Há duas amplas categorias de acordos verticais: aqueles que afetam a competição intermarcas, entre diferentes marcas (*interbrand competition*) e os acordos que afetam a competição intramarcas, entre diferentes vendedores de um mesmo produto (*intrabrand competition*) (Silva, 2000, p. 34).

Examina-se agora o conceito de cláusulas de exclusividade. A princípio, nota-se que elas podem denominar uma ampla gama de obrigações tanto dos fabricantes quanto dos revendedores. De forma geral, uma cláusula de exclusividade determina que o revendedor compre seus produtos de apenas um fornecedor (Hovenkamp, 1999, p. 430). Ou seja, o comprador não tem o direito de adquirir mercadorias de nenhum concorrente do vendedor com quem ele possui um contrato.

Essa cláusula deve ser distinguida das “cláusulas de divisão de mercado” que estabelecem um limite geográfico à atuação do revendedor, determinando que ele não pode agir além dessas fronteiras, e que pode ou não vir cumulada com a cláusula de exclusividade. Desde já, percebe-se que as cláusulas de exclusividade afetam, em geral, a competição intermarcas, pois impedem os concorrentes do fornecedor de competir pelo revendedor, enquanto as cláusulas de divisão de mercado agem sobre a competição intramarcas, na medida em que impedem os revendedores de um mesmo produto de competirem entre si.

1.2 OBJETIVO E METODOLOGIA

Esse trabalho possui três objetivos primordiais: descrever qual tem sido a postura do CADE frente a restrições verticais; comentar sobre os casos mais importantes sobre cláusulas de exclusividade; e, por fim, verificar as evidências empíricas existentes que comprovem os fundamentos para a atuação do CADE em casos de exclusividade. Consistente com esses objetivos, dividiu-se essa monografia em três partes.

No primeiro capítulo, são avaliados os passos que o CADE toma para condenar uma empresa representada por uma violação da lei antitruste relacionada a restrições verticais. A metodologia utilizada nessa parte foi indutiva, a partir de fontes bibliográficas (em especial livros e revistas dos periódicos: *Revista do IBRAC* e *Revista de Direito da Concorrência*, editados pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional e pelo CADE, respectivamente). Infelizmente, não foi possível realizar uma revisão sistemática da literatura, visto que as bibliotecas consultadas não possuíam estrutura para tanto. Apesar disso, as fontes obtidas foram todas lidas e avaliadas pelo autor e os principais pontos de vista e argumentos encontrados foram incluídos. Posteriormente, foi avaliada a jurisprudência do CADE lidando com restrições verticais (não apenas cláusulas de exclusividade, mas também outras modalidades, como vendas casadas, restrições de preço de revenda, cláusulas de divisão territorial etc.)⁶, para determinar como a prática do Conselho seguia os cânones detalhados pela doutrina.

No segundo capítulo, relatou-se os principais casos julgados pelo CADE e pelo Judiciário no tema de cláusulas de exclusividade. Nessa seara, analisou-se os casos julgados desde 1990, englobando, portanto, casos anteriores à entrada em vigor da Lei 8.884/94, a atual Lei Antitruste brasileira. Todos os casos foram resumidos, dando ênfase aos elementos fáticos e à motivação do órgão julgador. Note-se, porém, que nem sempre os casos estavam disponíveis em sua integralidade na internet, e nem sempre os acórdãos possuíam um relatório

⁶ Esses casos foram encontrados diretamente no *website* do CADE, na seção de pesquisa de Jurisprudência (disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>). Foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “exclusividade”, “exclusivo”, “exclusiva”, “venda casada”, “preço de revenda”, “revenda”, “territorial”, “territoriais”, “restrição vertical”, “restrições”, “RPM”, “raio”, “recusa”, “discriminação”. Foi feita uma triagem entre os resultados encontrados, a fim de se escolher casos que tivessem relação com o trabalho e a fim de excluir casos repetidos. Todos os casos encontrados foram então lidos na íntegra, resumidos e, quando possível, citados no texto. Já os casos mais antigos (em geral, julgados antes de 1995) foram obtidos em Franceschini, 1995. A lista de todos os casos analisados encontra-se em Apêndice no fim do trabalho.

e uma motivação completos. Na medida do possível, porém, foram trazidos todos os elementos essenciais do caso para a sua compreensão.

No capítulo III, buscou-se na literatura econômica evidências a respeito dos pressupostos teóricos adotados pelo direito antitruste. A atuação antitruste em relação a cláusulas de exclusividade se pauta principalmente pelo alegado “aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade”. O principal objetivo desta parte é, portanto, compreender como a teoria econômica lida com essa alegação e, mais importante, quais são as evidências empíricas nesse sentido.

O trabalho compreende três partes, cada qual comprometida com um objetivo distinto. Tentou-se, respectivamente, entender qual o teste empregado pelo CADE para lidar com restrições verticais, gênero do qual a cláusula de exclusividade é uma espécie. Em seguida, são apresentadas experiências concretas do CADE no julgamento de casos sobre essas cláusulas, numa tentativa de delinear quais as razões comumente empregadas pelo Conselho. Por fim, adotou-se uma postura mais crítica, tentando pôr à prova o principal argumento do CADE para o controle dos contratos exclusivos.

2 O TRATAMENTO CONFERIDO ÀS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO BRASIL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As restrições verticais são, hoje, objeto de enorme divergência na doutrina e jurisprudência comparada. Este debate, que já foi considerado “o mais controvertido do direito antitruste” (Ross, 1993, p. 224), questiona a real utilidade de controlar restrições verticais, visto que elas frequentemente trazem enormes ganhos de eficiências para as partes envolvidas, e reflete-se na literatura nacional e nas decisões do CADE. Com efeito, há uma discussão também no Brasil no que tange a real capacidade dessas práticas gerarem efeitos benéficos ou nocivos à concorrência (Fagundes, 2005; Forgioni, 2007 e 2008b; Salomão, 2007; Furquim, 2010; Salgado, 1995).

A visão da doutrina sobre o tema das restrições verticais variou bastante ao longo do tempo – mesmo economistas, apesar de se valerem de métodos científicos analíticos, também têm seus paradigmas revisados, como não poderia deixar de ser (Kuhn, 1996). A posição predominante hoje na doutrina e jurisprudência comparadas é a de que não há ilícitos ou lícitos *per se* no assunto das restrições verticais – trata-se sempre de se fazer uma análise econômica caso a caso do custo-benefício da restrição (dos “efeitos líquidos” da restrição, no jargão antitruste).

Nos EUA, por exemplo, as restrições verticais foram por muitos anos consideradas ilegais *per se* pelos Tribunais. Entretanto, perto do fim do século XX, com a crescente importância da Escola de Chicago, as restrições verticais passaram a ser vistas como arranjos *prima facie* eficientes e, portanto, benéficos aos consumidores (Fox & Sullivan, 1989, p. 552). Atualmente, o tema voltou à tona, em especial após a Suprema Corte ter julgado, em 2007, o caso *Leegin*, alterando um precedente de noventa e seis anos ao determinar que acordos de *Resale Price Management* (RPM), segundo o qual uma empresa fornecedora determina o preço de revenda do bem, não são ilegais *per se*, devendo ser submetidos à regra da razão (Hovenkamp, 2010). Na União Européia chegou-se à mesma solução, com a edição do Regulamento n. 330/2010 em 20 de abril de 2010, que lista as condições necessárias para

tornar lícitas as restrições verticais. Não há dúvidas que este diploma consagra a regra da razão como o principal *standard* para essa avaliação.⁷

Genericamente, pode-se dizer que a situação não é muito diferente no Brasil, onde se chegou, por iniciativa tanto legislativa quanto jurisprudencial, a uma posição de análise casuística e baseada nos efeitos da restrição, orientada pela régua da razoabilidade da conduta (Furquim, 2010) – ainda que a mensuração dos efeitos anticoncorrenciais ainda não apresente critérios objetivos e uniformemente aceitos pela autoridade concorrencial como se verá a seguir. Aqui, as restrições verticais eram tema relativamente pouco debatido até o início da década de 1990 (Silva, 2000, p. 35). Por exemplo, o CADE decidiu, em 1989, sob a égide da já revogada Lei n. 4.137/62, que a eliminação da concorrência somente poderia ocorrer na prática colusiva de agentes concorrentes entre si, excluindo a possibilidade de análise de restrições verticais⁸. Contudo, nos últimos 15 anos, e em especial após a promulgação da Lei n. 8.884/94 e com a realidade da globalização econômica e da abertura do mercado brasileiro (Salgado, 1995), o CADE examinou casos importantes sobre o tema e se mobilizou para estabelecer regras procedimentais e métodos de avaliação relativos a acordos verticais restritivos à concorrência.

Dito isso, talvez com algum ineditismo normativo, o CADE emitiu em 1999 a Resolução n° 20/99, estabelecendo, como se verá, o procedimento para análise das restrições verticais, tendo por base o critério da razoabilidade e o pressuposto teórico da economia dos custos de transação. Em 2009, o assunto foi objeto de matérias jornalísticas quando o CADE condenou a AmBev a pagar uma multa sem precedentes na história do direito antitruste brasileiro, por considerar que a empresa celebrou acordos restritivos verticais ilegais com seus revendedores.

Esse capítulo busca fazer a revisão da literatura brasileira sobre as restrições verticais, identificando os elementos considerados essenciais para uma condenação. Serão feitas algumas considerações gerais a respeito das restrições verticais, dando especial ênfase ao *teste* a ser utilizado para verificar a licitude de uma prática restritiva de acordo com a legislação brasileira.

⁷ Além disso, o direito europeu pode ser particularmente interessante para o Brasil por trazer testes efetivos dos efeitos anticompetitivos de restrições verticais, sendo certo que aquele direito exige provas “cogentes e convincentes” deste impacto na concorrência (na esteira da Comissão da Comissão Européia, Guia às aplicações prioritárias do Art. 82 do Tratado da União Européia, doravante “Guia interpretativo”) e trás ainda o teste do *as efficient competitor*, desconhecido ainda em nossa práxis antitruste.

⁸ CADE, caso Coca-Cola (Processo Administrativo n.º 86, j. 2.3.89)

2.2 O TRATAMENTO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, há três fontes normativas para o tratamento normativo das restrições verticais: (a) a Constituição Federal (CRFB); (b) a Lei n. 8.884/94; e (c) a Resolução nº 20 de 1999 do CADE.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) cita a livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º. IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*). A liberdade de iniciativa significa que os agentes privados são livres para entrar, sair e participar do mercado, comprando e vendendo bens e serviços livremente. Ao mesmo tempo, 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). Essa é a chamada liberdade de concorrência, que, na doutrina de Oliveira Nusdeo (2002, p. 237), serve à função de garantir a aplicação universal da liberdade de iniciativa, com a expectativa de diminuir o preço de bens e serviços no mercado e de aumento de bem estar dos consumidores.

Ou seja, a proteção concorrencial é criada para proteger a liberdade de atuação dos agentes econômicos, removendo falhas que possam restringir essa liberdade de mercado, sendo o abuso de posição dominante uma das principais delas.

À primeira vista, é possível estabelecer certa contraposição entre o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. Enquanto o primeiro estabelece que os agentes privados possam agir livremente, o segundo restringe a atuação daqueles que têm poder econômico, a fim de salvaguardar a concorrência no mercado brasileiro. Essa aparente antinomia deve ser resolvida pela interpretação sistemática dos princípios constitucionais (Forgioni, 2008a, p. 154). Essa foi a solução dada pelo CADE quando se 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 marco em que a todos se assegura o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem qualquer restrição por parte de concorrentes poderosos”.⁹

⁹ CADE, caso Sharp (Processo Administrativo n.º 01/91, Rel. Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, j. 28.5.1993). Ver também CADE, caso Fiat/Transauto (Processo Administrativo n.º 31, Rel. Cons. Neide Terezinha Mallard, j. 06.10.1993, Revista do IBRAC, V. 2, n. 1, fev. 1995, p. 82.)

Em resposta ao mandamento constitucional do art. 173, §4º da CRFB, o legislador infraconstitucional promulgou, em 1994, a Lei n. 8.444, cujo art. 1º estabelece que a referida lei “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”. Essa é, hoje, a principal norma antitruste brasileira, orientando a atuação do CADE no controle de atos prejudiciais à concorrência. Essa norma contém os elementos essenciais que guiarão o julgamento das restrições verticais (dentre outros, a definição dos ilícitos econômicos e a caracterização de posição dominante).

Além da Lei n. 8.884/94 e da CRFB, há outra fonte normativa relevante para nossa análise, qual seja, a Resolução do CADE nº 20, de 09 de junho de 1999. Essa Resolução foi promulgada pelo CADE a fim de direcionar a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no controle de restrições verticais nos processos administrativos e de conferir maior segurança jurídica aos agentes privados que se submetem às suas decisões. Esse objetivo é absolutamente louvável. No entanto, a análise das decisões do CADE mostrará, a despeito de opiniões em contrário (Furquim, 2010), que, apesar de uma aparente uniformidade e previsibilidade de entendimento deste Órgão, o Conselho está longe de ser consistente em seus julgamentos. É freqüente a realização de julgamentos apressados da ilegalidade da conduta e de seus efeitos deletérios à concorrência, sem efetivamente cumprir rigorosamente com o teste previsto na própria legislação (particularmente a Resolução nº 20/99).

Por ora, será posto sob exame o teste previsto na Resolução nº 20/99 para o julgamento de restrições verticais. É necessário seguir um procedimento, com os seguintes passos: 1) caracterização da conduta; 2) análise das condições estruturais e/ou institucionais; 3) ponderação entre os efeitos anticompetitivos e as eficiências da conduta.

2.2.1 Caracterização da Conduta

A caracterização da conduta do agente remete o intérprete necessariamente aos tipos legais dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94. Como se verá a seguir, o art. 20 tem proeminência

na determinação do ilícito antitruste, deixando o art. 21 no plano de fundo. Por esta razão, analisa-se primeiramente a sistemática do art. 20, em seguida a lógica do art. 21 e, posteriormente, conclui-se com uma lista dos elementos que devem ser levados em conta nessa análise.

2.2.1.1 Enquadramento no art. 20

O art. 20 assim dispõe:

“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que 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.”

Para que haja uma prática restritiva vertical ilegal, é preciso em primeiro lugar que a conduta praticada, seja ela qual for, tenha por efeito real ou potencial uma das hipóteses do art. 20. Não há identidade necessária entre tipo de restrição e ilícito do art. 20 (SALOMÃO, 2007, p. 221). Portanto, é essencial compreender a estrutura e *ratio* do art. 20, além das críticas que são a ele dirigidas.

De acordo com Sergio Bruna (1997, p. 112), a inclusão do inciso II no artigo 20 (“dominação dos mercados”) é desnecessária. Afinal, o §1º do mesmo artigo determina 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 possibilidade de dominar mercados sem ganhos de eficiência é através da limitação da concorrência – já prevista como ilícito no inciso I (Salomão, 2007, p. 121). Há, nesse caso, uma redundância nas hipóteses dos incisos I e II, já que ambas prevêm a mesma hipótese, uma diretamente (limitação da concorrência) e outra indiretamente (dominação do mercado quando não há ganhos de eficiência).

Há autores que acreditam que o inciso III não deveria ser considerado uma forma independente de infração da ordem econômica (Salomão, 1997, p. 88 e 2007; Miron, 2005,

p. 217). Alega-se que o aumento arbitrário de lucros só pode ser considerado ilegal quando foi exercício de posição dominante – o que já é proibido pelo inciso IV do art. 20. Tal prática seria uma conseqüência direta do poder de mercado do agente econômico, e não uma manifestação desse poder. A conclusão a que se chega é que essa expressão foi incluída no texto legal somente para manter a coerência com o texto constitucional.

Já Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 61) e José Franceschini (1995, p. 45) afirmam que o inciso IV do artigo 20 (exercício abusivo de posição dominante) não deveria ter sido incluído na lista de infrações da ordem econômica. Em especial porque não há previsão dessa hipótese no art. 173 da Constituição Federal. Essa posição parece-nos incorreta, porque a CRFB utiliza o termo “abuso de poder econômico”, repetido no art. 1º da lei n.º 8.884/94, e que é utilizado distintamente do termo “abuso de posição dominante”, este mais restrito.

Esse trabalho adota a interpretação de Silva (2000, p. 38-9), que propõe que a interpretação de que o art. 20 da Lei 8.884/94 está direcionado contra dois tipos gerais de práticas restritivas. Por um lado, aquelas que visam ou tem por efeito “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (inciso I). Por outro lado, aquelas que constituem um “abuso de posição dominante” (inciso IV). O inciso II não seria necessário, na medida em que a dominação de mercados somente é uma infração se estiver englobado no caso de restrição à concorrência. Afinal, se a dominação do mercado relevante se der através de maior eficiência, não há ilicitude. Já o inciso III estaria automaticamente englobado no caso do inciso IV, na medida em que só é ilegal quando for exercido nos moldes deste.

2.2.1.2 Enquadramento no art. 21

Passa-se agora para a análise do art. 21 da Lei n. 8.884/94. Esse dispositivo legal apresenta uma lista não exaustiva de vinte e quatro práticas restritivas que podem ser consideradas infrações da ordem econômica. Entre essas práticas, incluem-se a recusa de venda dentro das condições normais de negócio (inciso XIII), discriminação de adquirentes ou fornecedores por meio da fixação diferenciada de preços (inciso XII), imposição de preços de revenda (inciso XI) e vendas casadas (inciso XXIII).

Segundo alguns autores, essa lista é taxativa, e não exemplificativa, dado o seu caráter penal (Franceschini, 1995, p. 47; Leães, 1993, p. 9; Stevens, 1995, p. 112). A própria redação do *caput* do art. 21 (“[a]s seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”), entretanto, desmente essa hipótese e faz crer que constar na lista não é requisito necessário nem suficiente para que uma prática seja ilegal (Coelho, 1995; Salomão, 2007). O artigo 21 serve apenas para ilustrar atos que *podem* ser considerados ilegais, desde que se enquadrem nas exigências do art. 20. Reciprocamente, uma conduta é ilegal se estiver em desacordo com o art. 20, ainda que não esteja listada no art. 21.¹⁰

Assim, deve-se concentrar os esforços não na verificação da identidade entre a conduta restritiva e alguma hipótese do art. 21, mas sim na caracterização de algum dos ilícitos previstos no art. 20, incisos I ou IV.

2.2.1.3 Elementos Adicionais

Serão analisados agora alguns elementos específicos da conduta restritiva a fim de ensejar a incidência da norma antitruste, em especial a necessidade dos seguintes elementos: (a) estrutura do ato; (b) intenção do agente; (c) potencialidade de geração de efeitos.

Em primeiro lugar, o enquadramento de uma conduta em uma das hipóteses do art. 20 independe da estrutura e características específicas do ato (Fonseca, 1995). Ou seja, não há tipicidade relacionada à forma do ato. A princípio, qualquer conduta pode ser anticoncorrencial. Há, contudo, tipicidade a respeito dos efeitos gerados – eles devem ser necessariamente aqueles listados na lei.¹¹ Ou seja, em tese, o que importa é somente qual era o *objetivo* ou o *efeito concreto* da atividade (Miron, 2005). Se a conduta visar ou atingir algum dos efeitos listados nos incisos I ou IV do art. 20, o primeiro requisito para a caracterização de uma prática restritiva vertical ilegal estará cumprido.

O próximo ponto a ser esmiuçado é a necessidade de perquirir a respeito da intenção do agente econômico para a caracterização da conduta. Antes da vigência da Lei n. 8.884/94, era

¹⁰ ver CADE, Voto de Celso Campilongo no Caso Directv (Processo Administrativo n.º 53500.000359/99, Rel. Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. 20.6.2001), p. 9

¹¹ CADE, caso Kibon (Voto na Sindicância n.º 58, j. 2.7.87)

essencial provar a culpa do agente.¹² Após a promulgação da atual lei, graças à linguagem utilizada no *caput* do art. 20 (“tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos” e a referência à responsabilidade objetiva do agente), a situação inverteu-se (Fonseca, 1995).¹³

Calixto Salomão Filho (2007, p. 96-97) afirma que a caracterização da ilicitude prevista no art. 20 da lei 8.884/94 impescinde da intenção do agente. Ele faz, porém, uma ressalva: essa intenção está presente não na vontade deste agente, mas sim na probabilidade de atingir efeitos anticoncorrenciais, objetivamente avaliada através dos atos da empresa. Ele argumenta que, dada a racionalidade dos atores econômicos, a intenção implica a possibilidade de causar as conseqüências previstas na lei e vice-versa. Ou seja, não importa em nossa análise a efetiva ciência do agente, mas o saber *potencial* – aquilo que ele deveria saber. Nesse caso, como alerta a doutrina, a busca do objetivo do agente econômico visa a perquirir a lógica econômica da ação, de modo que a ausência de explicação da racionalidade do ato poderia induzir seu propósito abusivo (Fagundes, 2005).

Essa consideração leva ao último elemento a ser analisado: a potencialidade de ocorrência dos efeitos listados no art. 20. De fato, a melhor posição parece ser aquela que relaciona a existência do ilícito com a *capacidade abstrata* da conduta de gerar um dano à concorrência. Essa é a principal distinção entre potencialidade, aferida *prima facie* apenas para efeitos de caracterização de uma conduta, e probabilidade de um dano concorrencial, que é avaliada posteriormente, juntamente com as possíveis eficiências do ato. A probabilidade é uma *capacidade concreta* de geração dos efeitos anticoncorrenciais. A potencialidade é questão de sim ou não – ou uma conduta pode gerar tal efeito ou não pode. Já a probabilidade é medida em graus – mais provável ou menos provável, em um espectro que abrange tudo entre zero e cem por cento de chance. Frise-se – nessa fase do processo antitruste, cabe apenas a verificação da potencialidade de que efeitos deletérios à concorrência venham a ocorrer. A probabilidade, por sua vez, será analisada mais a fundo quando se sopesar os efeitos anticoncorrenciais e as eficiências da conduta, visto que qualquer dano ou benefício trazido

¹² “O abuso de poder econômico previsto no art. 2º, I, ‘g’ da Lei n. 4.137 de 1962 (“consideram-se formas de abuso do poder econômico (...) dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de (...) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa”) pressupõe intenção na criação de dificuldades para o funcionamento ou desenvolvimento de empresa para fim de eliminá-lo do mercado.” Ver CADE, Caso Plumbum (Processo Administrativo n.º 82, j. 7.7.88).

¹³ Voto do Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, falando sobre a sistemática da Lei n. 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”. CADE, Caso AHESP (Processo Administrativo n.º 62/92, j. 9.11.94)

deverá ser verificado conjuntamente com a sua probabilidade de ocorrência (ver Rogers, 1996).

Essa distinção pode ser vista com clareza no caso CRT¹⁴. A representada possuía contratos de exclusividade na distribuição de celulares com grandes lojas de varejo, e estava sendo acusada de fechar o mercado para as concorrentes. Após análise das condições estruturais do mercado, entretanto, o Conselheiro Prado afirmou que “as evidências apresentadas nos autos não indicam que a estratégia de fechamento de mercado através da fidelização de alguns grandes varejistas fosse um meio efetivo, mesmo que em tese, para fechar o mercado”, pois havia “um número grande de canais de varejo que podiam, como foram mobilizados (sic), para concorrer com a empresa líder”. Na ocasião, o CADE afirmou que a caracterização do ilícito antitruste “não prescinde que a autoridade indique que há a *possibilidade real* da empresa ter obtido o resultado almejado” (ênfase adicionada). Assim, foi extinto o processo antes mesmo de serem sopesados os efeitos pró- e anticompetitivos da conduta.

Em conclusão, identificou-se alguns fatores relevantes e outros irrelevantes para a caracterização de uma conduta de restrição vertical potencialmente lesiva à concorrência para fins de incidência da legislação antitruste. Os fatores relevantes são a inclusão na hipótese do art. 20, incisos I ou IV e o grau de probabilidade de que os efeitos ali descritos efetivamente ocorram. Irrelevantes são a estrutura da conduta (se contrato, se venda casada, discriminação de preço etc.), a intenção psicológica ou subjetiva do agente e o enquadramento no art. 21. Mas esta é apenas a primeira etapa do teste previsto na Resolução nº 20/99.

2.2.2 Análise das Condições Estruturais e Institucionais

Em seguida, é preciso analisar a probabilidade do ato de restrição vertical gerar os efeitos descritos no art. 20. Para tanto, é preciso verificar as condições estruturais e institucionais que influenciam essa potencialidade.

¹⁴ CADE, Caso CRT Celulares (Processo Administrativo n.º 53500.000502/2001, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/6/2008)

Cada fonte normativa indica respostas diferentes a essa questão. A CRFB, ao prever a repressão ao abuso de poder econômico, condiciona como elemento a ser considerado a existência de *poder econômico* por parte do agente infrator. Assim, somente as ações daquele que possui poder econômico efetivo seriam relevantes para o direito antitruste (Miron, 2005, p. 215; Bastos, 1998).

Já a Lei 8.884/94 faz apenas referência ao “abuso de posição dominante” no inciso IV do art. 20. Mais adiante, o §2º do mesmo artigo, estabelece que há posição dominante quando “uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”. Essa disposição, porém, faz crer que os outros incisos do art. 20 não necessitam de demonstração da posição dominante.

Por fim, a Resolução nº 20/99, ao apresentar critérios para o reconhecimento da ilicitude de práticas restritivas, inclui a verificação do poder de mercado do agente impositivo da restrição. Essa análise compreende três fases: (a) a determinação do mercado relevante; (b) a estimativa do *market share* relativo do agente; (c) a verificação das condições concorrenciais efetivas e potenciais (barreiras à entrada, importações, grau de rivalidade do mercado) para a imposição de restrições ilegais. Ou seja, não há identidade automática entre um alto *market share* e a existência de poder de mercado.

Resta ainda elucidar uma questão terminológica, a distinção entre posição dominante, poder de mercado e poder econômico. Para tanto, é preciso analisar a utilização desses termos nos três textos normativos apontados acima. Desde logo, percebe-se que o termo *poder econômico* não possui sentido técnico. De fato, o termo “abuso do poder econômico” é uma expressão geral, utilizada apenas no art. 173 §4º da CRFB e no art. 1º da lei n.º 8.884/94, significando, de forma ampla, todo ilícito antitruste.

Já os termos “posição dominante” e “poder de mercado” possuem acepção técnica. A expressão *poder de mercado* não é utilizada na Lei n.º 8.884/94, mas aparece frequentemente na Resolução nº 20/99. Ela deve ser entendida como a *capacidade* de alterar o preço de mercado de um bem ou serviço.¹⁵ A doutrina identifica poder de mercado com impermeabilidade às leis do mercado (Ferraz, 1997, p. 26; Forgioni, 2008b, p. 318). Isso

¹⁵ A Resolução 20/99 faz referência ao índice de Lerner, que avalia o poder de mercado de uma companhia segundo a fórmula $L=(P - C_{mg})/P$, onde P é o preço de mercado do bem e C_{mg} é o custo marginal do produto para aquele produtor.

significa que o agente possui independência em relação a outros agentes concorrentes, o que lhe permite agir sem levar em conta necessariamente o comportamento de outros atores.¹⁶ De fato, a melhor forma de caracterizar o poder de mercado é a capacidade de alterar o preço de mercado de um bem ou serviço de modo significativo e em caráter não transitório, conforme o teste do monopolista hipotético, descrito na Portaria conjunta SEAE/SDE n.º 50/2001. O termo “posição dominante” possui contornos de mais difícil definição. Em uma primeira análise, pareceria que a Lei n.º 8.884/94 utiliza o termo “posição dominante” distintamente do conceito de “poder de mercado” apresentado acima. Uma leitura rápida da referida lei leva a crer que a expressão “posição dominante” refere-se à simples participação no mercado, verificado de acordo com o faturamento das empresas que atuam nele. Isso se depreende do art. 20, §2º da lei n.º 8.884/94, que dispõe “*ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa*”. Por sua vez, o §3º do mesmo artigo determina que a posição dominante será presumida sempre que a empresa controlar 20% do mercado relevante em questão.

O melhor entendimento, porém, consiste em crer que não há diferenças entre posição dominante e poder de mercado (Forgioni, 2008b, p. 333). Assim, o segredo estaria em definir o conceito de *substancial* constante no art. 20, §2º – determinada participação seria substancial apenas se tivesse o potencial de gerar poder de mercado. Ou seja, o *market share* será substancial ou não de acordo com outros critérios, como o número de agentes no mercado, o grau de rivalidade etc. Se essa interpretação for adotada, a conclusão lógica é que a presunção a que se refere o art.20, §3º seria apenas *juris tantum*, relativa. Logo, presume-se que um agente possui posição dominante (= poder de mercado) sempre que ele detiver 20% ou mais de um mercado relevante, sendo que essa presunção fica aberta à prova em contrário, nos casos em que o agente não tiver independência em relação a outros agentes do mercado.

O poder de mercado/posição dominante é requisito *necessário* para a configuração de restrições verticais ilícitas (Gaban & Domingues, 2009, p. 129). Nesse sentido, a Resolução n 20/99 afirma ser necessária a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem” de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência.¹⁷ O próprio CADE já confirmou essa posição, ao decidir: “*Não pode infringir a ordem econômica quem não*

¹⁶ CADE, Caso Fiat/Transauto (Processo Administrativo n.º 31, Rel. Cons. Neide Terezinha Mallard, j. 06.10.1993, Revista do IBRAC, V. 2, n. 1, fev. 1995, p. 82.)

¹⁷ Resolução 20/99 do CADE, p. 3.

disponha de poder econômico capaz de, por seu abuso, restringir ou limitar a livre concorrência no mercado relevante”.¹⁸

Apesar disso, verificam-se posições contrárias na doutrina. Para Calixto Salomão, por exemplo, o poder de mercado não é requisito necessário nem suficiente para a caracterização do ilícito. Ele afirma que há apenas um requisito, qual seja, a *coerção*, que se manifesta através da dependência econômica. A dependência, por sua vez, pode ter distintas causas: poder de mercado, assimetrias de informação, retornos crescentes de escala etc. (Salomão, 2007, p. 204). Essa é uma posição doutrinária que não encontra nem respaldo legislativo, nem lógica econômica. A dependência é uma categoria estranha à Ciência Econômica e à tradição do direito antitruste.

Portanto, a conclusão é a de que a caracterização de uma conduta de restrição vertical como ilícita depende da existência de posição dominante de um dos agentes econômicos envolvidos na prática. Essa posição dominante é presumida em caso de existência de 20% do mercado relevante, mas que pode ser sopesado com outros elementos como o de existência de concorrentes, barreiras à entrada, nível tecnológico, etc.

2.2.3 Ponderação dos Efeitos Anticompetitivos e das Eficiências da Conduta

O terceiro e último requisito para a caracterização de uma prática restritiva ilegal é a ponderação entre os efeitos anticompetitivos da conduta, de um lado, e os efeitos benéficos (eficiências) gerados pela mesma, de outro, análise que a doutrina chama de “regra da razão”. Sinteticamente, a regra da razão determina que a mera caracterização da conduta e a verificação dos efeitos danosos à concorrência não são suficientes para condenar o ato. É necessário, ainda, que os efeitos negativos sejam maiores que os efeitos positivos gerados pela conduta, a serem verificados caso a caso.

O CADE, desde antes do advento da Lei n. 8.884/94, já aplicava a regra da razão para julgar casos de restrições verticais.¹⁹ Após a promulgação da Lei Antitruste vigente, o debate

¹⁸ CADE, Averiguação Preliminar n.º 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”.

girava em torno do art. 20 e de ilegalidades *per se*. A principal dúvida era determinar se qualquer ato que gerasse, ao menos potencialmente, um dos efeitos dos incisos I a IV, independentemente da intensidade desses efeitos e de eficiências geradas, seria considerado ilegal. A doutrina majoritária concluiu que o art. 20, §1º²⁰ instituiu a regra da razão ao permitir uma defesa baseada na eficiência social da conduta (Franceschini, 1995, p. 38; Coelho, 1995, p. 52), afinal parece pouco razoável condenar uma conduta que gera enormes riquezas sociais, mas que afeta apenas marginalmente a concorrência.²¹ Não obstante, alguns autores expressam dúvidas sobre se o art. 20 da lei nº 8.884 instituiu uma ilegalidade *per se* dos acordos verticais ou exige uma avaliação segundo a regra da razão (Forgioni, 2008a, p. 156)²².

A discussão doutrinária foi encerrada com a aprovação da Resolução nº 20/99 pelo CADE, que estabelece diretivas para investigar os impactos de diversos tipos de práticas restritivas. Essa Resolução faz referência expressa ao “princípio da razoabilidade”, cuja análise se dá através da “ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão.”

Esse posicionamento foi recentemente confirmado pelo STJ no REsp 261.155-SP, em acórdão de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. A Min. Nancy Andrichi, em voto-vista, 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, pelo menos em tese, adota a mesma posição, sem grandes dissídios

¹⁹ CADE, 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.)

²⁰ 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.”

²¹ Ver voto-vista da Min. Nancy Andrichi 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 (...).”

²² Segundo Paula Forgoni, a 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.

ou discussões: restrições verticais somente podem ser avaliadas segundo a regra da razão.²³ Portanto, não há restrições verticais presumivelmente ilegais no direito concorrencial brasileiro – toda conduta analisada deve ser avaliada de acordo com o princípio da razoabilidade.

Alguns autores, por sua vez, afirmam que não pode haver condutas imunes ao controle concorrencial (isenções), por falta de regras específicas nesse sentido (Salomão, 2007, p. 242). Essa posição é corretamente rechaçada com a indicação de leis específicas autorizadas de restrições concorrenciais, que prevalecem sobre a norma geral antitruste pelo critério da especialidade (Forgioni, 2008a, p. 159). Há assim isenções em bloco, como, por exemplo, as concessionárias de carros (Lei 6729/79, a “Lei Ferrari”), as atividades sindicais (CLT), o setor portuário (Lei 8.630/93) e o setor financeiro (Lei 4.595/64), que são todas isentas da norma antitruste, onde houver conflito desta com as normas específicas.²⁴

A avaliação de uma conduta segundo a regra da razão compreende três passos – a identificação dos efeitos anticompetitivos (a), a identificação dos efeitos pró-competitivos (b) e, por fim, a ponderação deles (c).

2.2.3.1 Identificação dos efeitos anticompetitivos

A Resolução nº 20/99 elenca (de forma não exaustiva) possíveis efeitos anticoncorrenciais que podem advir de práticas verticais. Entre eles, estão: facilitação de práticas colusivas, (como cartéis); reforço unilateral do poder de mercado de uma empresa dominante no mercado relevante de origem; bloqueio do mercado relevante “alvo” para concorrentes efetivos ou potenciais (aumento das barreiras à entrada), inclusive através do aumento dos custos dos rivais; exploração monopolista dos usuários de serviço pós-venda; atenuação da concorrência intermarcas ou intramarcas.

²³ Ver CADE, Caso Iguatemi (Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007); Caso Microsoft Select (Processo Administrativo n.º 08012.008024/1998-49, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/8/2004)

²⁴ De fato, essas isenções cumprem um importante papel. A adoção da regra da razão pode, sem dúvida, ser extremamente onerosa, na medida em que exige grandes esforços para realizar estudos e trazer pareceres a respeito da relativa eficiência de cada medida. Nesse sentido, presunções iuris et de iure assumem um importante papel de redução de custos e de simplificação.

Esses efeitos têm em comum o fato de eles causarem, imediatamente, uma atenuação da concorrência e, mediamente, um dano aos consumidores. O objetivo do CADE nesse aspecto é garantir que as ações da firma dominante não prejudiquem a competição, excluindo os competidores do mercado. Pressupõe-se que essas ações podem ter um efeito prejudicial ao bem-estar dos consumidores, seja através de menores preços, de uma gama menor de escolhas ou de menor qualidade dos produtos e serviços oferecidos.

Esses efeitos prejudiciais à concorrência, contudo, devem ser sopesados de acordo com a situação específica. O CADE deverá levar em consideração, ainda segundo a Resolução nº 20/99, os seguintes dados: a proporção do mercado relevante alvo atingida pelas condutas verticais investigadas; duração das práticas restritivas; magnitude das barreiras à entrada no mercado relevante envolvido na prática restritiva; grau de concorrência *intermarcas*; grau de substitutibilidade entre as marcas concorrentes; diferenciais de preço dos produtos equivalentes de marcas distintas; condutas prévias das empresas atuantes no mercado relevante em termos de comportamentos coordenados; e níveis de consumo vigentes antes e depois da prática vertical.

Outros fatores não expressamente mencionados na Resolução nº 20/99, mas que também deveriam ser levados em conta pelo CADE são a estrutura de custos, a qualidade dos produtos e serviços das empresas concorrentes e os preços que elas cobram. Afinal, o direito da concorrência não deve proteger todos os concorrentes, mas apenas aqueles que sejam tão eficientes quanto a empresa dominante. Se houver evidências de que a medida excludente não tem o condão de afetar empresas tão eficientes quanto (*as efficient competitor*) a empresa dominante, o CADE não deve tomar medidas contra a conduta²⁵.

Anteriormente, foi afirmado que uma conduta apenas seria analisada pelo órgão antitruste brasileiro se tivesse a *potencialidade* de criar efeitos anticompetitivos e que essa análise era feita *prima facie*, logo ao início do processo administrativo. Já nessa fase do processo antitruste, importa não se a conduta tem potencial para gerar esses efeitos, mas sim se é provável que eles efetivamente ocorram.

²⁵ Ver parágrafos 25 a 27 da Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>, acessado em 13.11.2011. Ver também o caso 62/86 *AKZO Chemie v Commission* (1991), ECR I-3359 ('Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them').

Quando se faz referência à probabilidade, é preciso sempre ter certo cuidado quanto à sua demonstração. É neste ponto que o CADE demonstra menor rigor analítico e menor coerência em seus julgados. Teoricamente, à autoridade antitruste incumbe o ônus da prova da aptidão objetiva ou probabilidade de produção de efeitos deletérios à concorrência da conduta investigada. Exemplificativamente, no caso Cargill Citrus, por exemplo, o Conselheiro Relator Schuartz afirmou que a “efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da conduta” e que o que se procura é a existência de “elevado risco – qualitativamente determinado (...) – de que, uma vez praticada a conduta, produzir-se-ão os efeitos em questão”.²⁶ Ele ainda afirma que a pergunta mais apropriada não é “se a conduta gerou efeitos, mas se havia elevado risco de limitação da concorrência ou utilização abusiva de posição dominante (e se esse risco era conhecido do agente)”. A não ocorrência efetiva do dano, nesse caso, não é efeito suficiente para impedir condenação, mas tem o condão de aumentar o ônus da prova da autoridade. Em outras palavras, é uma presunção de que o ato não podia gerar danos à concorrência.

Aqui, como já visto, reside uma das grandes particularidades do direito antitruste, e também das suas dificuldades, pelo fato do julgamento ter de projetar as potenciais conseqüências de condutas no mercado. Como ele lida, neste ponto, com riscos futuros, a teoria jurídica tradicional não tem elementos bem desenvolvidos para o tratamento das evidências dessa probabilidade no julgamento de casos concretos.

Com efeito, é fácil perceber a complexidade do direito antitruste, cujos ilícitos requerem evidência quanto aos resultados dos comportamentos (analogicamente ao que se denomina, em direito penal, de ilícito de resultado e não de ilícito de mera conduta). É bem verdade que esta analogia com o direito penal poderia ensejar também posicionamentos que vêm no artigo 20 da Lei n. 8.884 um ilícito de dupla estrutura: um ilícito de mera conduta, quando trata de comportamentos com objetivo de prejudicar a concorrência; e um ilícito de perigo concreto, ao tratar de atos que produzam efeitos anticompetitivos. No entanto, enxergar no artigo 20 a possibilidade de qualquer ilícito *per se* conforme a classificação proposta neste julgamento do CADE ignora a idéia fundamental do antitruste de submeter toda conduta dos agentes econômicos ao escrutínio da regra da razão.

²⁶ CADE, Caso Cargill Citrus (Processo Administrativo n.º 08000.022994/1997-79, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14/2/2007)

Toda a teoria e prática da prova processual judicial tradicional foram desenvolvidas para a reconstrução do passado, e não para prever o futuro (Santos, 1952; Knijnik, 2004). A prova, no processo civil, preocupa-se com questões relativamente simples; exceto talvez no que diz respeito à prova da causalidade na responsabilidade civil (se a conduta do agente foi ou não causa do resultado danoso para vítima). Contudo, quando se fala de dano, este deve ser certo e determinado, inexistindo ação judicial para reparação de dano hipotético.

Portanto, além da necessidade da prova de uma determinada *conduta* anticoncorrencial, há a necessidade de evidências de seus *potenciais efeitos danosos* ao mercado. Ressalva-se que complexidade não é inteiramente exaurida pela analogia com a tipologia penal, a qual, embora seja útil do ponto de vista analítico-conceitual, não explica integralmente a prática do direito concorrencial, uma vez que direito criminal é baseado em tipicidade cerrada e o direito antitruste é construído caso a caso (em crimes de comportamento ou mesmo de perigo abstrato ou concreto, o legislador faz o cálculo sobre comportamentos socialmente indesejáveis ou perigosos e estabelece-os como fatos típicos; por sua vez, no direito da concorrência, o legislador estabelece uma ilicitude via cláusula geral, para que seja construída concretamente pelo intérprete da norma – uma “norma penal em branco”, seguindo aqui a analogia com o direito penal).

Neste aspecto, a Resolução nº 20/99 não dá pistas analíticas de como deve ser feita a mensuração destes efeitos, nem testes objetivamente aplicáveis. Qual o critério a ser utilizado sobre esta probabilidade? A experiência do homem médio? Ou é o exame probabilístico e mesmo econométrico que se quer? Parece-nos que a segunda opção é a correta. Mas a utilização desse tipo de ferramentas é inédita na prática jurídica do Brasil e mesmo o CADE, composto em parte por economistas, tradicionalmente mais afeitos à estatística e à econometria, percebe-se uma dificuldade no manejo deste elemento do potencial risco de dano.

A economia, que tem como objeto de estudo a ação humana em ambiente de mercado, na acepção clássica de Robbins (1935), passa a ser ferramenta analítica essencial neste tipo de procedimento antitruste – apesar da compreensível resistência de alguns juristas mais afeitos à dogmática jurídica –, já que ela visa, mediante leis científicas, prever o comportamento humano baseado na generalidade de observações de comportamentos observáveis. Não por outro motivo que a União Européia tem exigido *sólida* teoria econômica para condenar empresas por restrições verticais. Talvez a pesquisa qualitativa possa igualmente passar a

contribuir nesta tarefa de diagnóstico e prognóstico de comportamentos dos agentes econômicos (como a psicologia já vem fazendo no ramo do *behavioral law and economics*), e, portanto, dos efeitos de comportamentos no mercado.

Se a Ciência Econômica atingiu níveis elevados de prestígio social e acadêmico, é também verdade que a econometria e a tarefa de prever o futuro com base em modelos matemáticos e estatísticos não são isentas de erros. Por isso, deve-se pensar em um modelo de ficções e presunções que auxiliem o órgão da concorrência na ausência de evidências satisfatórias de efeitos líquidos negativos de uma determinada restrição vertical, no intuito de facilitar a sua decisão.

Em resumo, deve ser feita uma análise econômica a fim de compreender qual é o “perigo concorrencial” de determinada medida, a ser calculado a partir da probabilidade de ocorrência de danos e da extensão desses danos. Adiciona-se ainda que somente é possível chegar a uma condenação quando as conclusões a respeito da probabilidade e extensão do dano se derem através de “prova cogente e convincente”, e não através de presunções apenas.²⁷ Assim, a análise do CADE idealmente consistirá numa comparação entre uma situação existente ou que provavelmente ocorrerá no futuro e outra situação contrafactual apropriada, um cenário alternativo onde a conduta em questão era ausente.²⁸ Esse procedimento deve ser baseado em uma sólida análise econômica, atrelando a ilicitude da prática a prejuízo causado aos consumidores de modo devidamente comprovado, sem alegações genéricas e puramente especulativas.

A prática do CADE nos traz tanto casos que seguiram fielmente esse preceito quanto casos que se basearam em análises por demais simplistas.

Um dos bons exemplos é o caso DirecTV o CADE se analisou se a recusa de contratar da Globo com a empresa de televisão a cabo DirecTV teve efeitos anticompetitivos.²⁹ Uma das evidências trazidas pela representada para provar a infração foi a queda nas vendas e,

²⁷ Essa conclusão guarda evidente semelhança com a posição da Comissão da União Europeia, que determinou que a aplicação do art. 82 do Tratado da União Europeia depende de “cogent and convincing evidence”. Ver parágrafo 20 da Guidance Paper da Comissão (“The Commission will normally intervene under Article 82 where, on the basis of cogent and convincing evidence, the allegedly abusive conduct is likely to lead to anticompetitive foreclosure.”).

²⁸ Mais uma vez, essa proposta segue a linha do direito concorrencial europeu, que preconiza essa comparação entre o provável futuro e uma situação contrafactual apropriada no parágrafo 20 do Guidance Paper da Comissão Europeia.

²⁹ CADE, Caso DirecTV (Processo Administrativo n.º 53500.000359/99, Rel. Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. 20.6.2001)

consequentemente, a diminuição do número de assinantes que sofreu. O CADE, entretanto, rejeitou esse argumento, utilizando-se de quatro argumentos. Em primeiro lugar, a tendência de queda das vendas ocorre desde 1996 e a TV Globo começou a ser oferecida em redes de TV a cabo somente em janeiro de 1998, através da concorrente Sky. Assim, a ausência da Globo no *mix* de canais da DirecTV não pode ter sido causa da queda no número de assinantes, visto que, até 1998, nenhuma concorrente possuía contrato com a Globo. Em segundo lugar, a DirecTV aumentou sua participação no ano de 2000, de 38% para 40% do mercado. Outro fato citado pelo Conselho foi de que outra empresa provedora de televisão a cabo (TVA) mantinha contrato com a TV Globo e também estava em queda na participação de mercado. O quarto fato trazido pelo CADE foi que outra empresa de TV a cabo aumentou seu *market share* mesmo sem contrato com a Rede Globo.

Em outros casos, porém, o CADE demonstrou confusão na avaliação de provas sobre as prováveis conseqüências da conduta investigada. Por exemplo, o voto-vogal do Conselheiro Prado no caso Iguatemi, ao comentar sobre cláusulas de raio, afirma que, caso o Shopping Center em questão tiver poder de mercado, restrições verticais, “em princípio”, são infrações à ordem econômica.³⁰ Mais recentemente, o CADE, no caso AmBev, presumiu efeitos negativos à concorrência diante da mera concessão de descontos não lineares aos pontos de venda da AMBEV.³¹ Em nenhum dos julgados, foi realizada uma análise mais detalhada, comparando os efeitos que provavelmente seriam gerados pelo ato com o cenário que ocorreria na ausência da conduta.

Aqui surge ainda outra questão – como deve o CADE proceder quando a conduta avaliada tiver ocorrido no passado e já se pode ver as conseqüências do ato? Como já se comentou acima, o CADE já determinou que “a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da conduta”. Não é lícito interpretar essa declaração como defendendo a desconsideração completa de todos os dados concernentes ao que ocorreu após a conduta, e sim como um aviso de que o procedimento *standard* de análise – a comparação com o contrafactual adequado – ainda deve ocorrer. Contudo, o desempenho da empresa que procedeu com a conduta e de seus competidores pode constituir evidência, ainda que não cogente, dos efeitos anticompetitivos da conduta. Afinal, a conduta em questão pode ter

³⁰ CADE, Caso Iguatemi (Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007)

³¹ CADE, Caso AmBev (Processo Administrativo n.º 08012.003805/2004-10, Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, j. 22/7/2009)

diminuído a queda na participação no mercado – de forma que o *market share* da empresa tenha abaixado, mas a medida ainda assim causou um impacto negativo em seus concorrentes.

O supracitado caso DirecTV utiliza o conjunto das evidências corretamente, avaliando as premissas e concluindo que ausência de contrato com a Rede Globo não estava gerando, por si só, perda de mercado para a DirecTV. Assim, mesmo que tenha havido perda de *market share*, argumentou-se que isso não era causado por falta de contrato com a Globo.

Outro julgado interessante é o caso da White Martins, em que o CADE não se satisfaz com a prova de que o mercado aumentara o número de concorrentes posterior à exclusividade entabulada pela empresa representada – e afirmou que, supondo que não houvesse a tal cláusula restritiva, certamente a concorrência teria iniciado antes.³² Essa decisão certamente peca em outros pontos, contudo utiliza o método correto para determinar se houve efeitos anticompetitivos – a tão citada comparação entre a situação efetiva e um contrafactual ideal.

No Caso Radiologia Bento Gonçalves, descrito *infra*, o CADE decidiu que não havia efeitos anticompetitivos na conduta da empresa investigada.³³ Um dos fundamentos para essa conclusão foi o fato de que o *market share* da empresa representada diminuiu de 90,64% para 71% nos cinco anos imediatamente posteriores à adoção da medida restritiva avaliada. Outro foi que a conduta em questão não eliminou nenhum concorrente, nem mesmo a empresa representante. O CADE logo concluiu “[s]e o objetivo do não credenciamento do Hospital Tacchini a outros planos de saúde era afastar a possibilidade de crescimento dos concorrentes no mercado de planos de saúde, a prática se mostrou ineficaz”. Posteriormente, adicionou a partir dos mesmos dados que “a conduta da representada não teria o condão de eliminar a concorrência nesse mercado”. Como se viu acima, essas conclusões provavelmente estão corretas (afinal, os dados trazidos presumem a inexistência de efeitos anticompetitivos), mas são precipitadas e somente poderiam ter sido atingidas após uma análise mais rigorosa.

Em conclusão, afirma-se que a prova de existência dos efeitos anticompetitivos depende de demonstração de *provável* prejuízo à concorrência que tem potencial para gerar danos aos consumidores. A demonstração desse prejuízo à concorrência deve ser feita através de evidências cogentes e convincentes, após avaliação de diversos dados sobre o mercado, a

³² CADE, Caso White Martins (Processo Administrativo n.º 08000.022579/1997-05, Rel. Cons. Celso Fernandes Campilongo, j. 26/6/2002)

³³ CADE, Caso Radiologia Bento Gonçalves (Processo Administrativo n.º 08012.006899/2003-06, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Raggazzo, j. 22 de julho de 2009)

empresa e os concorrentes. Salienta-se que deve ser feita uma comparação entre a provável situação e um contrafactual adequado e que somente medidas que afetariam competidores *tão eficientes quanto* a empresa dominante podem ser reprimidas.

2.2.3.2 Identificação das eficiências

Mesmo que o órgão concorrencial consiga provar que a medida tomada pela empresa dominante causará efeitos anticompetitivos, isso não é suficiente para condená-la. É ainda necessário que inexistam eficiências que compensem os efeitos danosos à concorrência. Em processos antitruste, a empresa antitruste pode trazer evidências de que suas ações, apesar de arrefecerem a competição em certo aspecto, geram bem-estar aos consumidores em outro aspecto.

A Resolução nº 20/99 estabelece uma relação entre eficiência e redução de custos, sobretudo dos “custos de transação”. Custos de transação são aqueles necessários para a efetivação de transações comerciais (North, 1992) e foram analisados pioneiramente pelo economista britânico Ronald Coase. Coase faz referência a custos incorridos pelos agentes econômicos para participar em transações de mercado (Coase, 1960). Nesse sentido, são imperfeições de mercado, ineficiências, ou, recorrendo a uma metáfora da Física, um atrito na relação entre dois agentes privados. A redução de custos de transação, portanto, facilitaria trocas e acordos eficientes, de acordo com o chamado “Teorema de Coase” sendo este, inclusive, um dos papéis do Direito (Cooter, 2008). Esse foi o ferramental teórico que permitiu a revisão de alguns conceitos da Escola de Chicago, permitindo antecipar alguns efeitos nocivos das restrições verticais, as quais, por este motivo, não poderiam mais ser consideradas atos legais *per se*.

Na Resolução nº 20/99, há uma lista não exaustiva de justificativas de eficiências, incluindo a detenção de comportamentos oportunistas (*free rider*), a proteção à reputação e a investimentos em ativos específicos das empresas no mercado de origem; o estímulo à consecução de economias de escala e de escopo no mercado alvo; proteção ao desenvolvimento tecnológico no mercado de origem e, no caso do *resale price maintenance* (RPM), a eliminação da possibilidade de exercício de poder de mercado por parte de

revendedores.³⁴ Naturalmente que as eficiências listadas pela Resolução nº 20/99 não garantem à licitude da prática de restrição vertical praticada no mercado. Em contrapartida, a ausência de eficiência poderia ser indicativa, segundo o CADE, de ilegalidade da prática, pois serviria como indício de abusividade.

A principal discussão dentro desse tema envolve saber quais as eficiências que podem justificar uma restrição vertical. Salomão, por exemplo, afirma que a idéia de eficiência no controle de condutas é mais restrita do que no controle de estruturas. Naquela, a eficiência consiste na não-produção de efeitos anticoncorrenciais. Ou seja, não basta a criação de riqueza; o ato em questão deve efetivamente favorecer a livre-concorrência. As eficiências devem ser trazidas como justificativas apenas quando excluam a possibilidade de dominação de mercado, como se existisse um conceito de eficiência próprio ao direito antitruste brasileiro, isto é, uma eficiência “concorrencial” (2007, p. 252).

Essa posição não nos parece correta. Em primeiro lugar, parte-se do pressuposto que uma medida que beneficia diretamente os consumidores, ainda que não favoreça a concorrência, deva ser permitida. Em segundo lugar, uma correta interpretação do termo eficiência não deve escapar do conceito já assentado na literatura de eficiência econômica ou alocativa, isto é, diminuição de custos e melhor alocação dos bens e serviços na economia, com conseqüente aumento do bem-estar social. Não há uma idéia autônoma de “eficiência concorrencial”. Por último, não parece razoável condenar uma medida que, apesar de arrefecer a concorrência, beneficia os consumidores.

Assim, somos favoráveis à aplicação analógica do art. 54, § 1º da Lei 8884/94. Esse artigo é aplicável originalmente ao controle de estruturas, mas pode ser útil também no controle de condutas. O referido artigo assim dispõe:

Art. 54 (...)

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

³⁴ É interessante notar que alguns autores parecem sugerir que as eficiências ocorrem sempre no mercado *interbrand* e que os efeitos anticompetitivos sempre no mercado *intra-brand* (Forgioni, 2009:420). Essa posição não nos parece correta, como a Resolução nº 20/99 determina.

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Tem-se, assim, que os efeitos anticompetitivos de uma medida podem ser superados pelas eficiências trazidas por essa mesma medida, desde que (a) haja uma diminuição do custo de produção (produtividade) ou aumento de qualidade dos bens ou serviços; (b) esses benefícios afluam também para os consumidores e usuários finais; (c) os efeitos anticompetitivos não signifiquem a eliminação de parte substancial da concorrência; e (d) a medida é indispensável e proporcional ao objetivo buscado.

Como visto, a própria legislação brasileira na esteira do art.54, §1º, II, adiciona um elemento distributivo ao exigir que as eficiências econômicas sejam compartilhadas com os consumidores, em alguma medida (Fagundes, 2005). Com efeito, sabe-se, desde Coase (1960), que eficiência econômica e distribuição são conceitos distintos, não estando a segunda necessariamente embutida no primeiro conceito – tanto que Coase dirá que o Direito pode não interferir numa eficiente alocação privada de direitos, mas interferirá na distributividade entre as partes acerca desses direitos, de modo que eficiência alocativa não bastaria a uma restrição vertical, já que na grande maioria das vezes a restrição implicará ganhos privados ao agente econômico. Apesar disso, a ausência de eficiência indicaria a ilegalidade da prática, servindo como indício de abusividade.

Nesse sentido, o CADE, na Representação 132/90, decidiu que é preciso considerar a “razoabilidade da conduta do agente econômico do ponto de vista de sua estratégia comercial.” Vale dizer, deve ser levado em conta, em primeiro lugar, se a conduta ou operação em análise trouxe ou intencionava trazer eficiências econômicas. A ausência dessa justificativa de racionalidade econômica já induziria ilegalidade de uma restrição vertical.

É também importante citar o Caso Radiologia Bento Gonçalves, no qual foi analisado se a recusa de um plano de saúde de credenciar um instituto médico de serviços de radiologia constituiria prática lesiva à concorrência.³⁵ No caso, o plano de saúde detinha aproximadamente 90% da participação no mercado relevante de planos de saúde no município de Bento Gonçalves. Três fatos foram trazidos à tona para absolver o plano de saúde, sendo os dois primeiros ilustrativos da discussão teórica travada até aqui:

- O *market share* do plano de saúde foi obtido através de redução de custos e economias de escopo (eficiência alocativa)
- As tarifas do plano de saúde estavam de acordo com o mercado, sendo, inclusive, mais baratos do que alguns concorrentes (distribuição aos consumidores)
- A negativa de credenciamento não impediu o instituto de continuar no mercado, pois este atendia por outros planos de saúde privados

Nesse caso, a SDE emitiu parecer em que afirma que “a simples redução de custos do fornecedor pode justificar a restrição vertical”, visto que essa é uma “prática economicamente racional” e que “não se pode impor ao empresário o dever de solidariedade com o seu concorrente”. Ao verificar as justificativas da medida, o CADE ratificou o parecer da SDE, ao afirmar que a medida era justificada por um “aumento de eficiência” com “reduções de custos”, que, “potencialmente, podem ser repassadas aos consumidores”.

Há, portanto, na prática do CADE, dois elementos para se ponderar quando da análise de eficiência como justificativa de medidas potencialmente restritivas. Por um lado, é preciso que haja eficiência econômica propriamente dita, através de economias de escala, menor assimetria de informação etc. Em segundo lugar, a eficiência (por exemplo, redução de custos) apenas pode ser justificada quando tiver potencial de resultar em benefícios aos consumidores (e.g. preços menores aos consumidores).

Essa posição foi confirmada no julgamento do Caso Microsoft Money, em que o CADE analisou se a venda conjunta do Pacote Office com o software Money constituía venda casada ilícita.³⁶ Nessa ocasião, o CADE afirmou que a conduta seria lícita se estivesse “visando o aumento da eficiência econômica, o que acarretará ganhos para si e para os consumidores”.

³⁵ CADE, Caso Radiologia Bento Gonçalves (Processo Administrativo n.º 08012.006899/2003-06, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Raggazzo, j. 22 de julho de 2009)

³⁶ CADE, Caso Microsoft Money (Processo Administrativo n.º 08012.001182/1998-31, Rel. Cons. Thompson Almeida Andrade, j. 19/5/2004)

Mais adiante, o CADE indica que produtos integrados representam uma inovação vantajosa para os consumidores na medida em que permitem o barateamento dos produtos, já que a ampliação das quantidades vendidas gera ganhos de escala e possibilita a redução das margens unitárias de lucro.

Interessa-nos, em seguida, questionar sobre quem tem o dever de provar as eficiências de uma conduta determinada. Nesse ponto, o CADE já indicou que “*é ônus da empresa que a pratica provar à autoridade antitruste que esta se justifica por razões de interesse público*”.³⁷ Similarmente, foi decidido que uma empresa não pode exigir que máquinas de sua propriedade alugadas a outros agentes utilizem apenas insumos de sua fabricação, pressupondo que apenas seus produtos são idôneos e que todos os outros danificarão suas máquinas.³⁸ Ou seja, deve a empresa provar que sua conduta traz eficiências.

Em conclusão, a Resolução nº 20/99 apresenta uma lista não exaustiva de eficiências, mas qualquer outra medida que gere (i) redução de custos e (ii) repasse dessa redução aos consumidores poderá também ser considerada uma eficiência. Não há, porém, presunção de eficiência – a empresa deve prová-la.

2.2.3.3 Comparação entre eficiências e efeitos anticompetitivos

Por fim, deve haver uma ponderação entre as eficiências, de um lado, e os efeitos anticompetitivos, de outro. Eis a “válvula de escape” da regra da razão que permite fazer a análise dos efeitos líquidos da conduta restritiva analisada. Há pouca literatura ou discussões jurisprudenciais a respeito de *como* essa ponderação deve ser realizada. A melhor indicação encontra-se na Resolução nº 20/99, que dá três orientações: (1) deve haver uma análise criteriosa e minuciosa; (2) 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 (3) é preciso, para concluir pela licitude da medida, que as eficiências sejam *suficientes para compensar* os efeitos anticompetitivos.

³⁷ Voto-vogal do Conselheiro Prado *in* CADE, Caso Iguatemi (Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007)

³⁸ TRF da 1ª região, Medida Cautelar n.º 2000.01.00.000454-3/DF, 5ª Turma, Rel. Desa. Selene Maria de Almeida, j. 22.10.01

O termo “suficientes para compensar”, não foi bem digerido pela literatura nacional, nem foi bem delineado pelo CADE nos seus julgados. Não há indicação, na doutrina ou na jurisprudência, de qual o exato grau de preponderância dos efeitos anticompetitivos para que a conduta seja tida como ilegal. Nesse sentido, há duas posições possíveis: uma que afirma que mesmo uma diferença ínfima – pouco mais que um empate – já seria suficiente para a condenação da prática, e outra que afirma que é preciso uma preeminência substancial para tanto. Não há ainda resposta certa para esse questionamento. De um lado, a supremacia do interesse público e a proteção do direito constitucional da livre concorrência. De outro, os direitos do administrado frente à administração pública e a garantia da livre iniciativa. A única coisa que é certa é que o CADE ainda precisa desenvolver um *standard* definido e bem delimitado para realizar essa ponderação, sob pena de perder legitimidade em seus julgamentos.

Outra questão que ainda não foi satisfatoriamente analisada pelo CADE é se há um dever de mitigar os danos concorrenciais de uma medida. Por exemplo, assumindo que uma medida *x* gere eficiências que compensem os seus efeitos anticompetitivos, devendo, portanto, ser aprovada pelo órgão de defesa da concorrência. No entanto, há outra medida *y* que possui valor líquido (medido pela diferença entre as eficiências de *y* e os efeitos anticompetitivos de *y*) maior. Ou seja, *y* possui valor social maior. Pergunta-se: o agente tem o dever de adotar a medida *y* ou pode ele escolher entre as duas? Alguns autores parecem indicar que a empresa tem o dever de mitigar os danos concorrenciais (Lilla, 2006, p. 44). Também o direito europeu consagra essa solução, no parágrafo 30 do Guidance Paper da Comissão Europeia, determinando que a empresa dominante deva escolher a alternativa menos restritiva à concorrência que possa produzir as mesmas eficiências. Entretanto, como esse dever não está previsto em lei, parece-nos que a resposta mais correta é negativa. Também aqui deveria o CADE delinear sua posição com maior clareza.

Por fim, a doutrina nacional, de modo geral, ainda apresenta algumas resistências quanto à análise econômica desse ponto essencial ao julgamento de uma restrição vertical, isto é, de eficiência ou de custo-benefício da restrição, tentando incluir aspectos constitucionais e estranhos ao ferramental analítico econômico (Forgioni, 2008b; Salomão, 2007).

3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

Há diversos modos de se operacionalizar a distribuição de produtos e serviços, que são escolhidas de acordo com critérios como a capacidade produtiva, a localização e preferência dos consumidores, a força e estratégia dos concorrentes, a existência de produtos complementares e substitutos. Em geral, classifica-se a distribuição em direta, realizada diretamente pelo produtor e indireta, efetivada por terceiros etc. (Tortato & Marx, 2004). A distribuição indireta pode ser exclusiva ou não-exclusiva, dependendo do grau de liberdade do distribuidor em vender produtos e serviços de outros fornecedores.

Há, de forma geral, poucos fabricantes que preferem distribuir seus produtos diretamente ao consumidor final. As razões para isso são evidentes. A distribuição indireta envolve pequeno investimento inicial e poucos esforços para controlar pessoal, estoques, contatos com clientes, forças de vendas (Curran, 1950). Ademais, ela permite a instalação de um serviço de vendas ainda que o fornecedor não tenha informações sobre o consumidor local (Rey & Stiglitz, 1995).

Já a distinção entre a distribuição indireta exclusiva e não-exclusiva parece ser mais fluida. Alguns autores indicam que, em determinadas situações, a distribuição indireta não-exclusiva pode ser mais eficiente (Mallen, 1996; Kotler, 1993; Cespedes, 1988; Copeland, 1923), como no caso de produtos de conveniência, que são adquiridos com frequência e com pouco esforço, de forma que devem ter penetração capilarizada. Já a distribuição exclusiva seria mais adequada a produtos e serviços especiais, com valor mais elevado e que requerem serviços especializados. Nesse caso, os consumidores estão mais dispostos a procurar especificamente pela marca que desejam adquirir, de forma que é menos importante ter muitos pontos de venda do que ter os pontos de venda certos (Coughlan et al., 2002).

3.1 A TEORIA DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

Como já foi dito na introdução desse trabalho, os acordos de exclusividade ocorrem quando os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com

exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando proibidos de comercializar bens de rivais. Essa prática está incluída no rol do art. 21 da Lei n. 8.884, nos amplos incisos IV (*‘limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado’*), V (*‘criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços’*) e VI (*‘impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição’*).

Os acordos de exclusividade foram desenvolvidos, ao menos na forma como hoje se conhece, no século XIX com o sistema de franquias. Um dos primeiros exemplos foi a fábrica de máquinas de costura Singer: para difundir a marca no mercado norte-americano, a empresa estabeleceu, em 1863, a primeira rede nacional de serviços autorizados de venda (Araújo Jr., 2009). Posteriormente, o sistema de revendedores exclusivos foi adotado por outras empresas que queriam seus produtos distribuídos para consumidores longínquos, sem ter que, necessariamente, incorrer nos custos e no risco de levar os produtos à sua destinação.

As cláusulas de exclusividade trazem diversas vantagens para a empresa contratante. Elas são uma solução intermediária entre a integração vertical completa – caso em que a empresa produtora realiza sozinha a distribuição dos produtos – e a terceirização de atividades – situação em que o revendedor distribui também produtos de outras marcas. Já a cláusula de exclusividade permite manter um grau de controle sobre o revendedor, sem envolver o investimento necessário, além de permitir a flexibilidade da terceirização (Araújo Jr., 2009).

A fim de convencer os revendedores a aceitar a cláusula de exclusividade, a empresa fornecedora deve compensá-los pela perda de alternativas. Seria errado, entretanto, concluir automaticamente a partir disso que todos os contratos com cláusulas de exclusividade são benéficos aos consumidores.

A Resolução nº 20/99 indica dois efeitos anticompetitivos das cláusulas de exclusividade: a implementação de condutas colusivas no mercado de origem, ao dividir o mercado entre produtos substitutos; e o aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, ao bloquear novos agentes no segmento de distribuição. Forgioni (2008a) identifica ainda outros dois efeitos anticompetitivos nas cláusulas de exclusividade: aumento do grau de dependência econômica da parte vinculada e diminuição das opções do consumidor, mas estes efeitos não são previstos pela legislação e, portanto, não devem ser

considerados (a bem da verdade, o primeiro efeito é completamente estranho ao direito antitruste comparado; e, o segundo, entra no teste de razoabilidade da prática).

Segundo Silva (2000, p. 42), a Resolução nº 20/99 peca ao não incluir maiores clarificações sobre os efeitos anticompetitivos de acordos de exclusividade. Ademais, a Resolução nº 20/99 não faz referência à relação entre a duração do acordo de exclusividade e os efeitos anticompetitivos ou à idéia de que acordos de exclusividade somente podem afetar a concorrência do mercado a jusante quando a competição intermarcas é fraca. Como visto no Capítulo inicial, estes são pontos relevantes da literatura de Direito e Economia relacionados ao tema. De toda sorte, não se pode esquecer que a Resolução é de 1999 e refletiu o conhecimento que se tinha à época sobre as restrições verticais. Além disso, não nos parece que ela tenha a pretensão de esgotar todos os argumentos e todos os pontos a serem analisados caso a caso pelo CADE.

Já as eficiências desse tipo de acordo envolvem a economia de custos de transação, ao conter condutas oportunistas na defesa de *sunk costs*, como marcas e tecnologia e na proteção de ativos específicos. É verdade que a Resolução poderia ter dado maiores clarificações sobre as eficiências dos acordos de exclusividade. Por exemplo, poderia haver referência ao fato de que essas cláusulas podem permitir que produtores entrem em novos mercados, facilitando a promoção de suas vendas e racionalizando a distribuição. Contudo, como dito, a crítica não nos parece de todo procedente já que a Resolução não é exaustiva (nem poderia ser, já que a própria Lei Antitruste tem uma redação bastante vaga do ponto de vista semântico).

Interessante é o caso das cláusulas de exclusividade dirigida, em que ao comprador é dada a opção de escolha entre a empresa com posição dominante e outra que lhe seja compatível. Um exemplo é um contrato que restrinja o número máximo de parceiros comerciais, o que fortalece a dependência e a parceria necessária, pois a empresa dominante cria condições para dirigir a escolha dos demais. Essa cláusula pode também consolidar de forma estável e confortável uma situação de oligopólio, impedindo a entrada de novos concorrentes. A dominação de mercado, ainda que compartilhada, é uma consequência inevitável. (Ferraz, p. 26-31).

Alguns autores revelam uma reserva quanto à análise concorrencial da cláusula de exclusividade. Assumindo, por exemplo, duas empresas, X e Y, produtoras de bens para o consumo, cada qual com uma estratégia distinta para a distribuição de seus produtos. Enquanto X decide realizar a distribuição por meio de um segmento próprio de sua empresa,

Y prefere contratar uma empresa terceirizada para realizar o serviço com exclusividade. Ao sentir desta doutrina, as situações parecem suficientemente semelhantes para demandar o mesmo tratamento jurídico. Entretanto, na presença de determinados pressupostos, Y estará sujeito a sanções antitruste, enquanto X permanecerá isento – não necessariamente porque a conduta de X gera menores efeitos no mercado (ver Salomão, 2007, p. 247). Contudo, parece-nos que a situação é ou pode ser efetivamente diferente, já que na situação Y a empresa dominante contará com recursos financeiros e materiais de terceiros, aumentando ainda mais sua disponibilidade para ganhos de participação no mercado e de geração de efeitos anticoncorrenciais.

3.2 JULGAMENTOS ENVOLVENDO CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

3.2.1 Casos julgados antes de 1994

Em 1989, o CADE teve a oportunidade de julgar o caso Esselte³⁹, um dos primeiros envolvendo acordos de exclusividade no passado recente. O CADE decidiu que, em vista do princípio da igualdade das partes, a cláusula de exclusividade de provisionamento em contratos de distribuição é válida somente se houver contrapartida da base territorial reservada ao distribuidor. Nesse julgado, é possível perceber claramente como a decisão do Conselho tinha maior preocupação com danos privados ao distribuidor do que com danos à concorrência em si.

Quatro anos depois, em 1993, foi julgado o caso ICI Brasil⁴⁰. O CADE, sem tecer considerações detalhadas a respeito das particularidades do caso, entendeu ser a cláusula de exclusividade legítima quando a toxicidade do produto demande especialização do distribuidor, graças à indispensabilidade de extremo cuidado, com sua manipulação e armazenagem. Tal decisão evidentemente baseou-se na *pressuposição* de legitimidade da medida na presença de necessidade de cuidados na distribuição, apesar de que, à época, a Lei Antitruste brasileira já previsse uma análise segundo a regra da razão.

³⁹ CADE, Caso Esselte (Processo Administrativo 97, de 9.11.89)

⁴⁰ CADE, Caso ICI Brasil (Processo Administrativo 30/92, de 26.2.1993)

Também em 1993, o CADE julgou o caso Valer⁴¹, um dos primeiros a indicar com maior precisão os requisitos para a configuração de cláusula de exclusividade ilícita. Uma empresa de vale-alimentação exigia, para diminuir o tempo de resgate do valor do *voucher*, um acordo de exclusividade com os supermercados, para que eles só usassem os seus vales. O CADE concluiu que a exigência não constituía infração à ordem econômica, pelas seguintes razões: a) a Valer não possuía poder de mercado; b) a conduta não afetou uma parcela substancial do mercado, visto que poucos supermercados aceitaram o acordo de exclusividade; c) não havia imposição por parte da Valer, pois o supermercado poderia ainda utilizar os *voucher* da empresa, desde que esperasse mais tempo pelo resgate; d) não havia objetivo de prejudicar a concorrência.

3.2.2 Casos julgados após 1994

Em 1999, deu-se o julgamento do caso Brahma⁴², que envolvia a denúncia de prática concorrencial ilícita por parte da fabricante de cervejas Companhia Cervejaria Brahma. Uma distribuidora de bebidas alegava ter sido vítima de abuso por parte da representada nas relações mantidas entre elas especialmente em razão da existência de cláusula de exclusividade na distribuição, restrição territorial e fixação de preços de revenda. O CADE concluiu pela inocência da representada e pelo arquivamento do processo, observando, contudo, que os efeitos anticoncorrenciais da exclusividade na distribuição são marcantes em mercados onde o fabricante é “monopolista de produto ou serviço”, de modo que a distribuição exclusiva poderá ser “um instrumento de manutenção e extensão” de seu poder de mercado e afastamento de concorrentes.

Há ainda outro importante caso sobre cláusula de exclusividade que pende de definição no CADE. Em 1998, no caso dos cigarros⁴³, que a Phillip Morris SA pediu a condenação da Souza Cruz SA, por celebrar acordos de exclusividade com diversos pontos de venda em locais estratégicos na cidade de São Paulo. Com isso, as marcas de cigarro concorrentes eram impedidas de ser comercializadas nos pontos dominadas pela Souza Cruz.

⁴¹ CADE, Caso Valer (Processo Administrativo 32/92, de 22.4.93)

⁴² CADE, Caso Brahma (Processo Administrativo n. 08000.000146/1996-55, de 9.6.99)

⁴³ CADE, Caso dos Cigarros I (Processo Administrativo 08012.003303/98-25, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 5 de outubro de 2005).

Na ocasião, a SDE elaborou um parecer, entendendo que as referidas cláusulas diminuíaam as opções do consumidor:

“não se pode ignorar o desconforto enfrentado pelo fumante, que esteja sem o cigarro de sua preferência e queira comprá-lo num local em que a totalidade dos pontos de venda tenha celebrado contrato de exclusividade de vendas com a representada. Há desconforto para o consumidor fiel a uma marca, que, impossibilitado de locomover-se por razões variadas, tenha que fumar outra marca de cigarros. Mesmo que o consumidor já saiba que uma determinada área da cidade esteja totalmente fechada por contratos de exclusividade, há o desconforto de sempre ter de lembrar de comprar o produto de sua preferência antes de chegar nessa área.” (Forgioni, 2008a, p. 261)

O parecer da SDE também estabeleceu que o mercado em questão era um duopólio, em que a Souza Cruz detinha 77,7% da oferta nacional e a Phillip Morris, 16,5%. Os restantes 5,9% estavam divididos entre empresas de pequeno porte, que atuavam principalmente nas classes mais baixas de preço.

O CADE, por sua vez, indicou que a Phillip Morris vinha ganhando mercado da Souza Cruz na capital e interior do Estado de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, onde sua distribuição era mais eficiente e, paradoxalmente, onde se concentrava aproximadamente 60% do volume total de vendas feitas por pontos de venda com exclusividade da Souza Cruz. O Conselho reconheceu que isso poderia indicar que a queda de market share alegada pela Phillip Morris não tinha relação de causalidade com a exclusividade de venda utilizada pela Souza Cruz.

Os dados ainda demonstravam que, no mercado do Sul e do Sudeste, o market share da Souza Cruz aumentara de 1994 a 1997 nas categorias de preço A e B (marcas de menor preço). No entanto, nas categorias C a G, sua participação de mercado diminuía no mesmo período, conforme a tabela abaixo.

Sul/Sudeste
Market Share (%)

	1994	1995	1996	1997
Cat. A/B				
SOUZA CRUZ	66,0	68,9	72,5	74,8
PHILLIP MORRIS	24,3	22,0	19,2	18,0
OUTROS	9,7	9,1	8,3	7,2
CAT. C/G				
SOUZA CRUZ	80,7	79,9	79,7	78,3
PHILLIP MORRIS	19,3	20,1	20,3	21,7

No entanto, o CADE cita os pareceres da SDE e da SEAE de que não havia resultados líquidos positivos na conduta e subscreve às suas conclusões, sem, porém, apresentar as razões pelas quais a conduta podia gerar riscos à concorrência. Assim, o CADE apresenta a conclusão de que *“há indícios de expressivos graus de ‘fechamento’, não só em shopping centers e aeroportos (como demonstrou a SEAE), mas também nos outros mercados relevantes localizados nas áreas urbanas ‘abertas’ e no segmento atacadista (Makro)”* e que *“as análises da SDE e SEAE sugerem que os efeitos líquidos da prática são negativos”*.

Em 2000, a Souza Cruz firmou termo de compromisso com o CADE, suspendendo o processo. Pelo termo, a empresa se comprometeu a rescindir as cláusulas que dispusessem sobre exclusividade de venda e de exposição de cigarros nos contratos vigentes. Também garantia o fim dessas exigências nos futuros acordos firmados com estabelecimentos varejistas.

Em 2003, a Phillip Morris denunciou a violação do termo de compromisso. O Ministério Público Federal emitiu parecer em favor da condenação da Souza Cruz, por esta ter assinado contrato com a Infraero e a Rede AM/PM contendo cláusulas de exclusividade de exposição de seus produtos em pontos de revenda localizados em aeroportos e postos de combustíveis. Pela cláusula, os locais de revenda de cigarros só poderiam expor produtos da marca Souza Cruz. O CADE, em 21 de junho de 2006, seguiu a recomendação da Comissão de Acompanhamento das Decisões (CAD) do CADE e decidiu pelo arquivamento do caso, livrando a empresa de uma multa de R\$ 11,6 milhões.

O caso foi concluído, mas resultou em novo processo⁴⁴. O foco passou a ser o potencial dano à concorrência nos contratos de merchandising e de exposição do produto. Os contratos proibiam que os estabelecimentos deixassem à mostra cartazes ou qualquer tipo de propaganda das marcas concorrentes. Ademais, não apenas a Souza Cruz SA estava sendo investigada, mas também a Phillip Morris SA. Esse novo do processo ainda não atingiu seu resultado final. No entanto, em 9 de junho de 2011, a SDE recomendou a condenação tanto da Souza Cruz quanto da Phillip Morris por conduta lesiva à concorrência. De acordo com estatística da secretaria, a Souza Cruz detém mais de 50% de participação no mercado nacional de cigarros, e a Philip Morris, mais de 20% desse comércio nos estados do Sul e do Sudeste.

Em 2001, o CADE decidiu o caso Directv.⁴⁵ Na hipótese, a Rede Globo mantinha contrato de exclusividade com a Sky, impedindo que outras empresas de TV por assinatura (como a Directv) transmitissem o seu sinal. A Directv acusou-a de abuso de posição dominante e recusa de contratar. Duas questões foram levantadas: (1) se o serviço era uma facilidade essencial (*essential facility*) sem a qual as concorrentes da Sky sofreriam um prejuízo desproporcional e poderiam ser excluídas do mercado; e (2) qual era o grau de fechamento do mercado, visto que os assinantes de qualquer TV por assinatura podem assistir à programação da Globo, desde que alterem seus aparelhos para transmitir canais da TV aberta. Mesmo sem recorrer analiticamente ao teste da Resolução nº 20/99, o CADE considerou lícita a atitude da rede Globo, porque entendeu que a programação da Rede Globo não era uma *essential facility* e que não havia fechamento substancial do mercado, havendo apenas diferença na comodidade oferecida ao consumidor. Assim o fez por conta de pesquisa feita pela ANATEL sugerindo que o acesso ao sinal da Globo não havia sido definitivo no *market share* da Sky (vale dizer, a Sky não tinha necessariamente mais audiência do que a Directv em locais onde ela tinha acesso ao sinal da Globo; e, por outro lado, a Sky não tinha mais participação de mercado em locais onde tinha acesso ao sinal da Globo vis-à-vis onde ela mesmo não tinha acesso à Globo).

⁴⁴ CADE, Caso dos Cigarros II (Processo Administrativo 08012.003921/2005-10, Rel. Cons. Alessandro Serafin Octaviani Luis, sem julgamento previsto)

⁴⁵ CADE, Caso DirecTV (Processo Administrativo n.º 53500.000359/99, Rel. Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. 20.6.2001)

Em sentido diverso, no caso White Martins⁴⁶, julgado em 2002, o CADE analisou a conduta de uma empresa com alto poder de mercado (73% de *market share*) que adquiria, com exclusividade da empresa Ultrafertil, toda a sua produção de CO₂ e dispersava no ar todo o excesso que não consumia. O CO₂ foi considerado um *essential facility*, apesar de sua relativa abundância na natureza, por causa da instabilidade no fornecimento e dos diferentes graus de pureza existentes. O CADE entendeu que não havia eficiências, na medida em que ao CO₂ excedente não era dado nenhum uso útil, visto que a empresa já operava em capacidade máxima. Novamente a análise do CADE não foi precisa ao examinar os efeitos da conduta no mercado à luz da Resolução nº 20/99, limitando-se a dizer que as barreiras à entrada eram muito elevadas, pressupondo o fechamento do mercado, mesmo tendo surgido duas novas empresas na vigência da exclusividade entre White Martins e Ultrafertil (AGA e Air Liquide). E, concluindo com a suposição de que deveria haver mais concorrência se o excedente alegadamente desperdiçado pela White Martins estivesse disponível no mercado.

Uma importante questão avaliada repetidamente pelo CADE foi a possibilidade de inclusão de cláusula de exclusividade de filiação dos profissionais médicos com determinado plano de saúde. No caso UNIMED da Encosta da Serra⁴⁷, julgado em 2003, o CADE analisou a situação de um plano de saúde que possuía posição dominante no mercado relevante de prestação de serviços médicos por plano de saúde, com 85% de afiliação dos médicos da região. O Conselho entendeu que a exigência de exclusividade seria um compromisso contratual que adiciona custos à mudança de emprego para o profissional médico e aumenta os custos de entrada de um estabelecimento de um concorrente da UNIMED. Sem avaliar as possíveis eficiências da medida – e, portanto, sem fazer analiticamente o teste da Resolução nº 20/99 –, o CADE conclui que “*os efeitos líquidos da exclusividade de filiação são deletérios para a concorrência, trazendo certamente ineficiências para o mercado de trabalho médico e aumentando as barreiras à entrada no mercado de prestação de serviços médicos por meio de planos de saúde*”. Ademais, citou o art. 18, III da Lei n. 9.656/98, que determina a vedação de imposição de contratos de exclusividade por operadoras de seguros

⁴⁶ CADE, Caso White Martins (Processo Administrativo n. 08000.022579/1997-05, julgado em 26/6/2002)

⁴⁷ CADE, Caso UNIMED Encosta da Serra (Processo Administrativo n. 08012.001280/2001-35, Rel. Cons. Miguel Tebar Barrionuevo, j. 15/1/2003)

privados de assistência à saúde. Por fim, o Conselho considerou a conduta uma infração à ordem econômica, nos moldes do art. 20, I, II e IV da Lei n. 8.884.⁴⁸

Em 2004, o CADE se deparou com o caso Microsoft Select.⁴⁹ No processo, o CADE avaliou a situação de uma empresa fornecedora que mantinha apenas uma empresa distribuidora credenciada no Distrito Federal. Por essa razão, a distribuidora frequentemente se via livre de processo licitatório nas compras do Governo Federal, facilitando o acesso dos softwares Microsoft ao governo. O mercado relevante foi considerado altamente concentrado e com altas barreiras à entrada, em especial por causa de externalidades de rede. A Microsoft detinha 90% do mercado, sendo a concorrência intermarcas muito fraca. Foi citada também a existência de economias de rede no mercado, o que fortalecia substancialmente a posição da representada. O CADE entendeu que o estabelecimento de um distribuidor monopolista no mercado do DF poderia gerar um efeito de duplo *mark up*, ou dupla monopolização⁵⁰.

A Microsoft apresentou duas importantes defesas. Em primeiro lugar, afirmou que poderia ter vendido, ela mesma, os softwares no Distrito Federal, o que geraria, de qualquer forma, um monopólio na venda do produto. O CADE admitiu que a decisão entre estabelecer uma rede de revenda ou prestar diretamente o serviço é “decisão efetivamente discricionária da empresa”. Ainda assim, o argumento da empresa foi rejeitado pelo Conselho, que afirmou que, ao decidir pelo estabelecimento de uma rede terceirizada de revenda, a empresa deveria tomar as medidas necessárias para evitar os efeitos danosos da dupla monopolização.⁵¹

A outra defesa apresentada pela Microsoft foi a de que a medida gerou eficiências, em especial a manutenção da qualidade dos serviços pós-venda. O CADE também rejeitou esse

⁴⁸ Outros casos decididos de modo semelhante: UNIMED Ourinhos (Processo Administrativo n. 08012.001892/2004-71, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 19/1/2005) e UNIMED Vale do Caí (Processo Administrativo n. 08012.006769/2003-65, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/7/2005). No caso UNIMED Rio Claro, o STJ presenciou um interessante debate sobre essa mesma matéria, em especial nos votos dos Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Jr. Ver também Moscogliato (2005:189 e ss.)

⁴⁹ CADE, Caso Microsoft Select (Processo Administrativo n.º 08012.008024/1998-49, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/8/2004)

⁵⁰ A dupla monopolização ocorre quando há um monopólio na produção do bem e outro monopólio na sua venda para o consumidor final. Nesse caso, o primeiro monopolista vende ao segundo por um preço monopolista, acima do custo marginal. Já o segundo vende o produto por um preço ainda maior desse teto de custo. Há, portanto, um duplo *mark up*, com preços alto demais não apenas do ponto de vista social, mas também do ponto de vista do próprio monopolista. Ver VARIAN, Hal R. “*Microeconomia – princípios básicos*”. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2000, pág. 499.

⁵¹ Uma dessas medidas que deveriam ter sido tomadas pela empresa, segundo o CADE, era a estipulação de preços máximos, que também é, em si, uma restrição vertical potencialmente ilegal. Não foi dada nenhuma explicação de como a empresa deveria ter adotado essa FPR sem sofrer medidas repressivas.

argumento, sob a alegação de que os critérios de credenciamento de revendedores eram absolutamente arbitrários e determinados *ex post*. Portanto, o Conselho entendeu que as eficiências não eram o verdadeiro objetivo da Microsoft ao estabelecer a política de vendas e que as eficiências geradas pela conduta da Microsoft “somente deveriam ser analisadas caso a política de regionalização houvesse sido implementada de forma objetiva”. É possível, nesse ponto, questionar se é realmente preciso haver uma vontade específica de gerar eficiências ou o que importa é puramente a sua materialização. O CADE, por enquanto, parece indicar que a intenção da empresa é, sim, relevante. Ademais, verifica-se que o CADE não foi rigoroso na apreciação dos efeitos nefastos à concorrência, satisfazendo-se com referências ao direito comparado e à literatura econômica contrária ao problema do duplo monopólio inerente aos contratos de distribuição.

No caso CRT Celulares⁵², de 2008, a representada possuía contratos de exclusividade na distribuição de celulares com grandes lojas de varejo. A representante afirma que, em algumas cidades, 60% dos grandes varejistas estavam comprometidos, com exclusividade, à CRT. Esta contra-argumentou afirmando que havia diversas outras formas de distribuir o produto e que, seis anos após a abertura do processo administrativo, seu *market share* havia diminuído em benefício da representada e de outras operadoras. Sem recorrer analiticamente à Resolução nº 20/99, o CADE entendeu que a estratégia de fechamento de mercado através da fidelização de alguns grandes varejistas não era um meio efetivo, mesmo que em tese, para fechar o mercado, sendo esta prova atribuível à autoridade antitruste e requisito essencial para uma condenação por ilicitude econômica. Concluiu o Órgão que havia um número grande de canais de varejo que podiam ser mobilizados para concorrer com a empresa líder. Finalmente, se aos revendedores fidelizados não fossem oferecidas condições de mercado adequadas, como preço, qualidade de serviço e/ou amplitude de oferta de produtos, não seria possível impedir que os consumidores de celulares, que não compram tal produto de uso contínuo por impulso, viessem a comprar os produtos dos concorrentes.

Por fim, no caso AmBev⁵³, apreciado em 22 de julho de 2009, o CADE julgou processo administrativo em que uma empresa produtora de cervejas concedia descontos a seus revendedores supostamente em troca de exclusividade informal ou de diminuição da compra de produtos rivais. O Conselheiro Relator Furlan fez uma importante distinção entre os

⁵² CADE, Caso CRT Celulares (Processo Administrativo n.º 53500.000502/2001, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/6/2008)

⁵³ CADE, Caso AmBev (Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10, julgado em 22/7/2009)

requisitos formais e informais para participar do programa de fidelidade “Tô Contigo”, promovido pela AmBev. Formalmente, os distribuidores não precisavam ter exclusividade com a AmBev, não existia coação à preferência do produto AmBev, não havia compulsoriedade de negociação para participar do Programa, não havia volume mínimo de compra, o ponto de venda (PDV) era livre para comercializar cervejas concorrentes e se desligar do programa. Informalmente, porém, foi considerado que havia evidências de que a AmBev exigia que alguns PDV parassem de comercializar produtos fora da carteira AmBev. A representada, inclusive, fazia inspeções periódicas para verificar se os estabelecimentos estavam vendendo cervejas concorrentes, proibia a veiculação de publicidade de concorrentes e tabelava o preço das cervejas. Segundo uma pesquisa realizada pelo IBOPE, 56% dos participantes do programa entendia que havia a exigência de exclusividade. Em troca, havia de fato descontos para aqueles PDV que aderissem ao programa “Tô contigo” e brindes, como jogos de mesas e cadeiras.

O CADE afirmou que a exigência de exclusividade pela AmBev, que possuía alto *market share*, forçava a competição “por lote” (isto é, por PDV’s). Assim, o PDV se deparava com o seguinte dilema: poderia escolher vender 100% de produtos AmBev, recebendo, para tanto, um desconto no valor X (como efeito da sucção promovida pelo desconto); ou poderia vender mercadorias de diversas empresas, recebendo, em contrapartida, um desconto na compra dos produtos das outras empresas no valor Z , conforme a tabela abaixo.

	Quantidade AmBev	Desconto AmBev	Quantidades outros	Desconto outros
Situação I: 100% AmBev	100%	X	0	0
Situação II: 60% AmBev e 40% outros	60%	0	40%	Z

O CADE afirmou que, nesse caso, surgiria o problema da não-linearidade, significando que o desconto dado pela AMBEV não era relacionado ao seu ganho de custo, nem era oferecido igualmente a todos os PDV. Assim, o desconto seria aplicado a toda fração de mercado da Empresa representada (como acontece no efeito sucção). Como reflexo, o

desconto Z deveria ser maior que o desconto X para convencer os PDV a vender produtos de outras fabricantes.

O CADE entendeu que havia baixa transparência nas regras, predomínio de contatos informais e tendenciosidade na implantação do programa. A prática não uniforme de descontos (dar descontos apenas para PDVs com exclusividade ou que cumprissem as metas de volume) foi considerada lesiva à concorrência por obstar a entrada de concorrentes no mercado. Concluiu-se que a conduta da representada importava fechamento de mercado para concorrentes mais eficientes, ao praticamente forçar os PDV a celebrar cláusulas de exclusividade com a AmBev.

Não foi verificada nenhuma eficiência advinda da conduta da representada. O conselheiro relator Furlan afirmou que a medida não impediria comportamentos oportunistas de outras marcas nem preservaria a qualidade dos produtos, visto que o mercado de cerveja é tecnicamente simples e não demanda treinamento a equipes de venda ou assistência pós-venda.

Esse caso, por ser um dos mais recentes a esse respeito e por ter resultado na maior multa já aplicada pelo CADE em sua história neste tema das restrições verticais, tornou-se alvo de discussões e controvérsias por todo o país. Ao ler o acórdão, parecem evidentes as contradições que subjazem a fundamentação do Conselho. Há pelo menos cinco argumentos falhos na decisão.

Em primeiro lugar, a própria conduta não foi bem estabelecida, nem comprovada. Ora se acusa a Empresa de buscar diminuir a concorrência ao forçar seus PDV a entrarem em acordos exclusivos ou de elevadíssima participação da AMBEV no ponto (90% de *share*) – ilícito de exclusividade. Ora parece que acusação é estabelecer um programa de descontos não lineares – ilícito de descontos condicionais ou preços discriminatórios.

No tema da exclusividade escondida, há que se dizer que generalizar uma pesquisa do IBOPE com pouco mais de cem PDVs de São Paulo para todo o mercado brasileiro de cervejas é, no mínimo, apressado. Além disso, apenas 56% dos PDVs de São Paulo entendiam que havia exigência de exclusividade. E destes, somente 49% efetivamente declararam venda exclusiva de marcas da AmBev⁵⁴. Seria preciso obter mais evidências para concluir que a

⁵⁴ Ver parágrafos 134, 135 e 211 da decisão

representada de fato estava cometendo a conduta que lhe fora imputada. Nem mesmo a concessão de descontos parece ter sido adequadamente comprovada.

Na questão dos descontos condicionais, em um momento da decisão, afirma-se que os descontos seriam estimados em aproximadamente 3% do valor das compras dos PDV (baseando-se em parecer juntado aos autos). Em outro momento, o CADE admite não ter sido possível realizar adequada comparação de preços ou quantificação da exata dimensão dos descontos. Ademais, o voto do conselheiro relator sublinha o fato de os descontos serem não-uniformes, incluindo alguns pontos de venda, mas não todos. No entanto, o mesmo voto dispõe que o programa Tô Contigo tinha “significativo” potencial de expansão e que, para a AmBev, seria “mais do que lucrativo ampliar tal programa”. Ou seja, a própria representada pretendia expandir o número de beneficiários de tais descontos e o faria “caso não houvesse a atuação das autoridades antitruste”. Outro ponto sublinhado pelo CADE foi de que a AmBev apenas incluía no seu programa PDVs com bom histórico de crédito, ou seja, os bons pagadores. Essa, no entanto, parece ser uma prática comercial legítima, antes de apenas uma forma de excluir seus competidores. De modo que o tratamento da prova da conduta do agente econômico, que é pretérita à investigação e facilmente comprovável, foi falha. Mais ainda que se admita que aquelas condutas investigadas tenham de fato ocorrido e que a AMBEV tenha tentado efetivamente dominar o mercado e prejudicar a concorrência, ainda assim os seus efeitos de fechamento do mercado deveriam ter sido demonstrados de maneira razoável como exige a Resolução nº 20/99.

Nesse ponto dos efeitos da(s) conduta(s) investigada(s), o fechamento do mercado para os concorrentes ou de sua elevada probabilidade precisaria também ser comprovados pela autoridade da concorrência com evidências econômicas sólidas. E este foi o ponto mais pobre da decisão, resvalando para uma análise *per se* da infração (como se o artigo 20 tratasse de um delito de conduta ou quem sabe de perigo e não de resultado, na analogia com o direito penal). Nesse sentido, o CADE afirmou, na decisão, que “para haver efeitos anticompetitivos, não é necessário que ocorra a prática de fechamento de mercado, basta que se constate a não-linearidade em programa de empresa em posição dominante”.⁵⁵ Na realidade, não há sólidas evidências econômicas de que a não-linearidade do programa significa que haja exclusão dos competidores. A correta aplicação da regra da razão exige, pelo contrário, evidências claras de prejuízos à concorrência, em especial quando a prova da não-linearidade se deu em bases

⁵⁵ Parágrafo 281 da decisão.

frágeis, tendo em vista que o valor exato do desconto não chegou a ser quantificado pelo CADE. Esta é a posição atual frente ao direito europeu citado contraditoriamente pelo CADE como *ratio decidendi*.

Além disso, o CADE entendeu não haver eficiência na operação, ainda que houvesse evidências que os distribuidores se beneficiavam do programa de fidelização da AmBev, visto que recebiam bens para seus pontos de venda e descontos na aquisição de produtos e outras vantagens previstas no Programa. Não houve nenhuma tentativa séria, ademais, de provar os danos aos consumidores de cerveja – limitando-se o CADE a especular sobre as possibilidades (muito embora o voto dê conta de que a AMBEV não tenha produzido prova neste sentido).

Por fim, percebe-se que a utilização do teste do *as efficient competitor* não foi levada à efeito pela autoridade antitruste. O CADE, por um lado, fez referência a esse teste ao afirmar “mesmo que os rivais da AmBev sejam mais eficientes não conseguem competir nesse padrão específico (...), pois a força do portfólio de marcas é tão grande que a demanda se torna rígida quanto a tais produtos”.⁵⁶ Contudo, não se percebe da leitura do voto nenhuma evidência que demonstre que os concorrentes eram igualmente eficientes. E concorrentes menos eficientes do que a AMBEV não deveriam merecer proteção da legislação concorrencial. Também não foram analisados outros aspectos ligados ao mercado de cerveja, tais como elementos psicológicos do consumidor e que somente seriam revelados em uma pesquisa de natureza qualitativa com consumidores finais da bebida.

Esses são apenas exemplos de algumas contradições, possíveis erros ou confusões que são percebidos quando da leitura do acórdão e que revelam a grande dificuldade na aplicação tanto da Resolução nº 20/99, como da própria Lei Antitruste, particularmente na análise da prova.

3.3 JULGAMENTOS ENVOLVENDO CLÁUSULAS DE RAIO

Last but not least, embora as cláusulas raio sejam mais propriamente uma restrição territorial da concorrência e não propriamente exclusividade, vale estudá-los mais de perto.

⁵⁶ Parágrafo 243 da decisão.

As cláusulas de raio impedem um comerciante localizado em um determinado *shopping center* de se estabelecer em outro dentro de um raio mínimo. A doutrina costuma ser desconfiada no trato com essas proibições, ainda que haja vozes pugnando pela permissão das cláusulas de raio por todo o curso da relação locatícia (Cristofaro, 2003, p. 97).

Leães (2011), em parecer sobre o assunto, considera que as cláusulas de raio não preenchem o requisito de legítimo interesse, pois o estabelecimento da loja em outro shopping não possibilita efetivamente o desvio de clientela do fundo objeto da locação. Ao novo estabelecimento, afluirá sua freguesia, que já tinha independentemente de estar a sua loja sediada ou não nas dependências do centro comercial. Para esses clientes, é absolutamente indiferente que o lojista se instale no interior do shopping, ou em local próximo, ou remoto, do shopping: a sua clientela fiel sempre o acompanhará, onde quer que localize os seus estabelecimentos.

Essa premissa apresentada por Leães é exagerada. Afinal, não se pode dizer que todos os clientes são absolutamente fiéis – alguns podem sê-lo, enquanto outros não terão tanta inflexibilidade.

Leães também argumenta que a clientela pessoal é de exclusiva titularidade do lojista e não integra, de maneira alguma, o fundo de comércio do shopping center (2011, p. 761). Logo, Não seria lícito dizer que, com o novo estabelecimento do lojista, em local próximo, tenha o fundo de shopping sofrido um agravo.

Essa linha de raciocínio também nos parece incorreta. Não é porque a situação X (no caso, a presença da clientela do lojista no shopping) não é direito de alguém que não possa ser tutelado contratualmente. Por exemplo, um amigo não tem nenhum direito de exigir que outro pare de beber, mas pode estabelecer uma cláusula contratual nesse sentido. O ‘agravo’, nesse caso, somente surge quando o estabelecido é descumprido. Da mesma forma, no caso do shopping – que não têm direito algum de exigir a exclusividade na ausência de contrato, mas que o pode se isso for acordado.

Por fim, o autor alega que cláusulas de raio configuram “inegáveis infrações à legislação infraconstitucional de proteção à livre concorrência”. A razão disso, apresentada em um parágrafo, é que as cláusulas, além de *genericamente* limitarem e prejudicarem a livre concorrência e a livre iniciativa, indubitavelmente procuram “impedir o acesso de novas empresas ao mercado”, criando “dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao

desenvolvimento de empresa concorrente”. Esse trecho, que tenta argumentar a ilegalidade *per se* de cláusulas de raio, demonstra o quão pouco os juristas brasileiros sabem sobre restrições verticais.

Juntou-se aqui os dois principais casos julgados pelo CADE sobre este assunto, dada a analogia entre estas restrições verticais, reconhecidas pelo próprio Conselho nos julgamentos em questão, que são o caso Center Norte e o caso Iguatemi. Ambos possuem fatos semelhantes, mas julgados distintos.

Em 2005, o CADE julgou o caso Center Norte⁵⁷, foi aberta representação contra uma empresa locadora que possuía 65% da área bruta locável e 88% do faturamento do mercado relevante. O CADE entendeu que a imposição de cláusula de exclusividade territorial não seria anticoncorrencial *per se*. A cláusula poderia ser justificada, em determinados casos, para evitar o comportamento *free rider* dos agentes econômicos. Poderia também ser admitida para proteger investimentos e infra-estrutura oferecidos pelo shopping.

No entanto, o Conselho entendeu que essas não eram defesas válidas para o caso concreto, já que as outras empresas não atuavam como *free rider*, pois seus investimentos e infraestrutura tinham o mesmo vulto daqueles da representada. Já os efeitos anticoncorrenciais decorriam do fechamento do mercado aos concorrentes, o que se somava à inexistência de áreas disponíveis no mercado relevante para o estabelecimento de outros *shopping centers* e à necessidade de elevados investimentos para o empreendimento. Essa conduta, então, consubstanciaria nova barreira à entrada, artificial e independente do mérito empresarial. Por essas razões, o CADE considerou a representada como incurso nos ilícitos do art. 20, I, II e IV.

Já no caso Iguatemi⁵⁸, de 2007, o CADE entendeu que se o agente econômico praticasse uma restrição vertical e se tivesse poder de mercado, haveria uma presunção de que as restrições importassem infrações à ordem econômica. A autarquia afirmou que “é ônus da empresa que a pratica provar à autoridade antitruste que [a restrição] se justifica por razões de interesse público”.

⁵⁷ CADE, Caso Center Norte (Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13, de 19/1/2005)

⁵⁸ CADE, Caso Iguatemi (Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007)

O CADE concluiu que a alegação de perda de sinergia por causa de um novo Shopping Center só se justificaria se toda a venda realizada nesse novo empreendimento fosse desviada do primeiro. Ademais, uma cláusula de raio desfavoreceria as redes de lojas que a adotam, pois as impedem de impor uma competição efetiva onde os shoppings estiverem. Ficou estabelecido ainda que essas restrições concorrenciais somente seriam aceitáveis se o Shopping Center fosse responsável pelo desenvolvimento de uma região periférica do centro urbano. Por fim, o CADE determinou que as cláusulas de raio não podiam ser ilimitadas no tempo. Nesse sentido, o Conselheiro Prado sugeriu o prazo máximo de cinco anos. O CADE não fez uma análise detalhada do teste da Resolução nº 20/99 e o prejuízo a concorrência não foi analisado à saciedade. Ademais, parece-nos que novamente aspectos psicológicos do consumo foram negligenciados, tanto pela empresa nas suas razões, como pela autoridade antitruste em suas razões de decisão. Pode-se imaginar (o que somente seria confirmado por pesquisa qualitativa) que em determinados segmentos, a exclusividade é dos principais pontos de diferenciação de uma marca. Por que não poderia ser a associação com marcas exclusivas algo também essencial na diferenciação de Shoppings Centers como o Iguatemi?

Em sentido contrário, o Poder Judiciário já mais de uma vez manifestou-se de modo favorável à licitude das cláusulas de raio. Por exemplo, a 10ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, na Apelação n. 477.739-0, concedeu o despejo de locatário que violou cláusula contratual que lhe impedia de abrir loja em um raio de dois mil e quinhentos metros de distância do Shopping Center. A Câmara afirmou que a cláusula era válida e não representava ofensa à CF ou à Lei n. 8.884/94. Já a 5ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de SP, no julgamento da apelação n. 465.935-0, admitiu a validade da cláusula de raio por toda a duração do contrato de locação. Segundo o tribunal, a cláusula decorre da liberdade de contratar, não elimina a concorrência nem possibilita o aumento arbitrário de lucros. Esse acórdão foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 123.847/SP. Naturalmente que a análise da fundamentação das decisões deixa clara a dificuldade do Poder Judiciário em lidar com o direito concorrencial, dada a complexidade do tema.

4 ASPECTOS ECONÔMICOS DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

A terceira e última parte dessa monografia visa a verificar a existência de uma sobreposição entre a literatura econômica e os pressupostos adotados pelo CADE para submeter os acordos de exclusividade a uma análise antitruste. Em especial, foram juntadas evidências empíricas produzidas por pesquisadores de áreas como economia, engenharia da produção e administração de empresas.

Nosso ponto de partida, mais uma vez, será a Resolução nº 20/99 do CADE, que estabelece que as cláusulas de exclusividade possuem dois possíveis efeitos anticompetitivos, associados:

“(i) à implementação de condutas colusivas, tendentes usualmente à cartelização, no mercado ‘de origem’, quando são utilizados como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos; ou (ii) ao aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, por meio do ‘bloqueio’ e/ou aumento de barreiras à entrada no segmento de distribuição (ou de fornecimento de insumos), o que pode resultar diretamente de cláusulas contratuais, ou indiretamente por aumento de custos dos rivais”.

Segue, portanto, que o CADE reconhece dois possíveis efeitos anticoncorrenciais como resultado das cláusulas de exclusividade: a obstrução do mercado e a facilitação de cartéis. Essa posição, de fato, está de acordo com a doutrina antitruste americana que, tradicionalmente, reconhece os mesmos elementos (Pitofsky, 1997).⁵⁹

Por ser citado mais frequentemente como fundamento para a atuação do CADE, será posto em questão apenas o segundo efeito. Em especial, busca-se saber se há evidências de que a adoção de cláusulas de exclusividade pode levar ao aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade. Antes, porém, será analisada a lógica das cláusulas de exclusividade.

⁵⁹ Ver também CADE, Caso dos Cigarros I (Processo Administrativo n.º 08012.003303/98-25, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 5 de outubro de 2005.)

4.1 JUSTIFICATIVAS PARA O USO DE CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

A literatura de *law and economics* tradicionalmente argumenta que os fornecedores entram em acordos de exclusividade para (1) obter atenção e lealdade integrais dos revendedores e/ou (2) impedir os rivais de utilizar as redes de revenda existentes (Aghion & Bolton, 1987; Areeda, 1974; Marvel, 1982; Steuer, 1983). Em síntese, uma posição defende que os acordos de exclusividade são utilizados porque são arranjos eficientes que favorecem ambas as partes; e outra que esses acordos são utilizados porque causam danos a terceiros. A seguir, discute-se cada uma dessas posições.

4.1.1 Acordos de Exclusividade como Arranjos Eficientes

Não parece absurda a alegação de que acordos de exclusividade são arranjos eficientes, implicando ganhos para o fornecedor e para o distribuidor. Afinal, se assim não fosse, eles não a teriam contratado (Forgioni, 2008a, p. 254; Requião, 1980, p. 120). Apesar disso, a doutrina por muito tempo se debateu para tentar entender exatamente *como* os acordos de exclusividade beneficiavam fornecedores, revendedores e consumidores. Os primeiros trabalhos que tentaram desvendar a lógica das cláusulas de exclusividade surgiram no início da década de 80, em especial com os trabalhos de Scherer (1980), Marvel (1982) e Steuer (1983), que a seguir apresentamos.

Scherer (1980) argumenta que os acordos exclusivos são uma compensação ao fabricante pela concessão de territórios exclusivos aos distribuidores e as apresenta como uma forma de obter a máxima dedicação por parte destes últimos. Ele nota que essas duas cláusulas são freqüentemente utilizadas de forma conjunta e entende que o revendedor não aceitaria a exclusividade se não recebesse uma contraprestação similar. A fraqueza dessa posição é evidente, visto que nem todos os acordos de exclusividade incluem a concessão de territórios exclusivos.

Marvel (1982) rejeita a posição de Scherer. Ele rejeita também a ideia de que as cláusulas de exclusividade são utilizadas para criar barreiras à entrada de fabricantes concorrentes. Para ele, elas somente podem impor barreiras significativas se (a) um número

grande de distribuidores estivesse comprometido com algum fabricante, (b) fosse difícil criar uma nova rede de distribuição e (c) os contratos de revenda fossem de longo prazo. Ele afirma que, normalmente, nenhum desses requisitos é preenchido na prática, ao menos na ausência de conluíus horizontais entre fabricantes.

Marvel concorda que o revendedor precisa ser suficientemente recompensado para aceitar restringir a possibilidade de vender produtos de outras marcas. Ele argumenta que os acordos de exclusividade na verdade são uma forma de reforçar o direito de propriedade dos fabricantes sobre os serviços promocionais por eles fornecidos.

Assumindo que um fornecedor F e um distribuidor D queiram celebrar um contrato de distribuição. As partes já concordam a respeito de todas as cláusulas do contrato com exceção da cláusula de exclusividade, devendo ainda determinar se o contrato será de distribuição exclusiva ou não exclusiva. F faz a seguinte ponderação: caso D distribua produtos de mais de um fornecedor, alguns investimentos que F fizer para a promoção de seus produtos (como o treinamento da força de vendas, gastos com publicidade, promoções etc.) poderão ser usufruídos pelos outros fornecedores que se beneficiam por serem ‘caronas’ (*free riders*). Isto é, F não usufruirá de todos os benefícios que estará dando causa, gerando assim externalidades positivas aos outros fabricantes (quem verdadeiramente se beneficiará será D, que poderá utilizar os investimentos de F para alienar produtos de qualquer outro fabricante com margens maiores de lucro). Como se sabe externalidades positivas tendem a ser subofertadas em um mercado livre, o que significa, nesse exemplo, que F fará menos investimentos do que seria socialmente eficiente. Assim, caso o mercado demande esses investimentos por parte de F, o que presumivelmente ocorre em produtos diferenciados (Comanor & Frech, 1985), como carros e produtos de alta tecnologia, as partes irão se beneficiar com um arranjo de exclusividade. Isto então resolveria o problema de *free riding*, possibilitaria a prestação de serviços aos clientes que elevam o valor do produto, aumentando os lucros do fabricante e do revendedor.

Marvel retira duas conclusões dessa análise. Em primeiro lugar, como os acordos de exclusividade servem para aumentar a demanda por um produto, inflacionando os lucros do fabricante e do revendedor, eles deveriam ser considerados legais *per se*. Em segundo lugar, ele identifica os produtos que estariam mais sujeitos a contratos de distribuição exclusiva: seriam aqueles que os serviços promocionais do fabricante tivessem grande probabilidade de influenciar a decisão do consumidor (automóveis, eletrodomésticos etc.).

Steuer (1983) amalgama as posições de Scherer e Marvel. Para ele, as cláusulas de exclusividade favorecem a venda do produto por duas frentes: de um lado, os revendedores são encorajados a promover a marca intensamente por não terem outra marca para vender, conforma preceituava Scherer. Já os fabricantes darão significativo apoio aos revendedores devido à eliminação do efeito de *free riding*, já que outras marcas não poderão usufruir dos investimentos promocionais no estabelecimento do revendedor (treinamentos técnicos, consultorias de marketing, publicidade, apoio promocional, assessoria gerencial, determinação do mercado-alvo etc.), argumento trazido por Marvel.

Steuer, porém, não nega a possibilidade de fechamento do mercado pelas cláusulas de exclusividade, como fez Marvel. Steuer alega que um acordo de distribuição exclusiva pode fechar um mercado para outras marcas, dependendo da lealdade dos consumidores ao *revendedor* em questão. Isto é, se os consumidores tiverem substancial preferência por determinado revendedor e apenas um fornecedor tiver acesso a esse revendedor, há uma grande chance de haver um aumento das barreiras de entrada para outros produtores. Ele também deixa claro que o grau de fidelidade ao *produto* vendido também é determinante – os consumidores dificilmente deixariam de comprar o carro de sua preferência, mas podem muito bem aceitar uma cerveja pior caso sua favorita não esteja disponível. Steuer, assim, diferencia *shopping products*, mais caros e duráveis, e *convenience products*, mais baratos e perecíveis.⁶⁰

Nos anos que se seguiram, diversos outros autores concordaram com o argumento de Marvel de que as cláusulas de exclusividade resolvem problemas de *free riding*, chegando à conclusão de que os fornecedores fazem mais investimentos e apoiam os revendedores com mais entusiasmo na vigência de acordos exclusivos do que em acordos não-exclusivos (Chard, 1986; Mulherin, 1986; Ornstein, 1989; Sass & Gisser, 1989; O'Brien &

⁶⁰ Talvez seja interessante reler o julgamento do caso dos cigarros à luz da teoria de Steuer. Cigarros são, indubitavelmente, produtos de conveniência, que devem ser comprados com grande frequência, normalmente por um preço baixo. No entanto, há um grande número de fumantes com alto grau de fidelidade à marca, o que pode impossibilitar o fechamento do mercado para algumas marcas desejadas pelos consumidores.

Esse ponto foi brevemente discutido no parecer da SDE no caso, em nossa opinião erroneamente. A Secretaria afirmou que os acordos de exclusividade podem trazer grande desconforto para o fumante “que esteja sem o cigarro de sua preferência e queira comprá-lo num local em que a totalidade dos pontos de venda tenha celebrado contrato de exclusividade de vendas com a representada”. Ora, é justamente esse desconforto que muitos fumantes estão dispostos a ter que impede o fechamento de mercado às outras marcas. Ou seja, esse argumento deveria ser um argumento contra a existência de efeitos anticompetitivos. No entanto, a SDE reverteu o argumento e utilizou essa lógica para pedir a condenação da representada. Parece, às vezes, que o SBDC funciona sob a lógica “*se correr o bicho pega, se ficar o bicho come*”.

Shaffer, 1993). Ademais, surgiram vários trabalhos acadêmicos que desenvolveram as ideias apresentadas pelos primeiros autores, duas das quais merecem destaque.

Em primeiro lugar, foi avançada a ideia de que os custos de transação para a celebração e monitoramento do acordo de exclusividade determinam se esses contratos realmente serão adotados. A disposição dos fabricantes em utilizar acordos de exclusividade está normalmente atrelada à sua apreciação *ex ante* de quais serão os potenciais custos incorridos para ele verificar violações contratuais. Há evidências de que os distribuidores ocasionalmente violam restrições contratuais ao vender linhas de produtos de marcas concorrentes em adição à do fornecedor exclusivo. A fim de impedir esse tipo de atitude, o fornecedor deve cumprir com uma série de medidas de detecção, o que pode impor-lhe custos consideráveis (Zusman & Etgar, 1981). Assim, quanto maiores esses custos de monitoramento, obtenção de informações e documentação, mais improvável será a utilização de acordos de exclusividade por parte do fornecedor (Dutta, Bergen & John, 1994).

Em seguida, foi incluída a perspectiva do consumidor final na análise. Acordos de exclusividade aumentam os custos para os consumidores realizarem comparações de marcas, visto que eles não dispõem de um local onde podem verificar a qualidade e o preço de produtos de diferentes fornecedores. Assim, distribuidores que aceitam comercializar produtos de apenas um fabricante arriscam perder clientes que desejam comparar preços para distribuidores multimarca. Como isso repercute também nos ganhos e custos do fornecedor, pode-se concluir que a utilização de acordos de exclusividade será inversamente proporcional à demanda por locais onde a comparação de oportunidades é possível, i.e., distribuidores multimarca (Heide, Dutta & Bergen, 1998).

Tendo em vista essas considerações, alguns autores tentaram entender qual o resultado líquido dos acordos de exclusividade – se ele é sempre positivo, se é sempre negativo ou se depende do caso. O'Brien & Shaffer (1993) e Lin (1990) argumentam que a distribuição exclusiva gera resultados líquidos positivos para todas as partes envolvidas, tendo em vista a melhor utilização dos recursos envolvidos. No entanto, dado o atual sistema de direito concorrencial vigente no Brasil hoje, a resposta deve ser *depende*, a ser determinado segundo a regra da razão.

Seria, entretanto, impossível incluir nessa curta monografia todos os trabalhos sobre o tema. Incluímos uma tabela contendo um resumo dos principais trabalhos que identificam os

pontos positivos e negativos dos acordos de exclusividade tanto para o fornecedor quanto para o revendedor.⁶¹

	Positivos	Negativos
Para o fornecedor	Maior controle sobre o canal de distribuição (Coughlan et al., 2002; Stern, 1967)	Menor número de pontos de venda (Coughlan et al., 2002)
	Maior fluxo de informações do distribuidor para o fornecedor (McVey, 1960)	Permite que outros competidores se estabeleçam em um mercado com grande número de distribuidores (Coughlan et al., 2002)
	Redução nos custos, tendo em vista a menor necessidade de contatos com muitos distribuidores (Curran, 1950)	Ao perceber resultados não satisfatórios, a troca de distribuidor pode ser demorada e onerosa (Tortato & Marx, 2004)
	Resolve o problema de <i>free riding</i> (Marvel, 1982; Li & Dant, 1997)	Pode perder clientes que buscam fazer comparações de preços (Heidi, Dutta & Bergen, 1998)
	Pode servir de barreira para entrada ou expansão de ameaças competitivas (Li & Dant, 1997)	Custos de transação incorridos em verificar a correta execução do contrato por parte do distribuidor (Zusman & Etgar, 1981)
	Cria incentivos para o distribuidor aumentar os esforços de venda (Scherer, 1980; Mathewson & Winter, 1987; Sass & Gisser, 1989).	
Para o revendedor	Diminuição da imobilização de recursos na formação de estoques de distintos fornecedores	Ampla dependência em relação ao fornecedor (Frazier, 1999)
		Dificuldade em diminuir os riscos específicos à venda de apenas uma marca (<i>hedge</i>)

Fonte: Tortato & Marx, 2004

⁶¹ Ver ainda o Apêndice A do trabalho.

Um dos pontos a ser destacado na tabela acima é a dependência do revendedor em relação ao fornecedor, visto que aquele depende deste para obter os produtos que irá alienar. Uma autora utilizou o termo “prisão econômica” para definir a relação das partes (Lebreton, 2002), enquanto outra entende que o revendedor está em “posição frágil em face de prováveis abusos” (Forgioni, 2008a, p. 254).

Essa linha de raciocínio postula que a parte mais poderosa tende a agir de forma oportunista ou coercitiva para ganhar uma porção desproporcionalmente maior dos benefícios da relação em detrimento da parte mais fraca (Frazier, Gill & Kale, 1989; McAlister, Bazerman & Fader, 1986; Roering, 1977). Dois autores, ao analisar contratos de franquia, notaram que os franqueadores mais poderosos se valem de ações coercitivas com mais frequência ao lidar com os franqueados (Hunt & Nevin, 1974). Os resultados da pesquisa de Frazier e Rody (1991), por sua vez, indicam que as ações coercitivas de uma das partes (fornecedor ou revendedor) são retribuídas na mesma moeda pela outra parte.

Esses resultados, porém, vão de encontro com outros resultados encontrados em pesquisas mais recentes sobre contratos de distribuição exclusiva (Li & Dant, 1997). Nesse ponto, não há dúvidas, faltam trabalhos empíricos para dar mais solidez a qualquer lado da discussão.

4.1.2 Acordos de Exclusividade como Meios de Exclusão de Competidores

De certa forma, todos os contratos excluem alguém. Por exemplo, se um produtor de batatas se compromete a vender suas mercadorias a um restaurante, aqueles produtos serão, na prática, excluídos do mercado para todos os outros agentes. O que um contrato de longo-prazo com cláusula de exclusividade faz, contudo, é vincular previamente toda a capacidade futura de determinada organização revendedora a produtos de apenas uma fornecedora, excluindo os concorrentes da fornecedora do acesso a essa capacidade. Assim, o fechamento de mercado ocorre quando uma empresa impede outra empresa de ter acesso ao mercado (Hovenkamp, 1999).

Como foi visto acima, Marvel (1982) não acreditava que acordos de exclusividade bloqueavam o mercado para competidores do fornecedor, seja porque eram frequentemente de

duração curta, seja porque havia um grande número de revendedores no mercado ou porque o fornecedor exclusivo não comprometia um número suficientemente grande de revendedores ou porque a rede de revenda podia ser facilmente reconstruída. Viu-se também que Steuer (1983) já admitia como “possível” o fechamento do mercado, dependendo do grau de fidelidade dos consumidores ao revendedor e aos pontos de revenda.

Muitos autores acreditam que os acordos de exclusividade podem ser mais bem explicados se forem encarados como práticas tendentes a aumentarem os custos dos concorrentes do que como ações para melhorar o escoamento da produção do fornecedor (Katz, 1989; Scherer & Ross, 1990).⁶²

Por exemplo, Aghion & Bolton (1987) demonstraram que um fornecedor diante de uma ameaça de entrada em seu mercado irá assinar contratos de longo prazo para impedir outros produtores de se introduzirem. Outras pesquisas empíricas sugerem que a utilização de contratos de revenda exclusiva por um fornecedor rapidamente desencadeia contratos similares por parte de fornecedores concorrentes a fim de impedir o mercado em questão de ser obstruído (Besanko & Perry, 1993; Chang, 1992).

O que ocorre é que o fabricante frequentemente possui algum tipo de vantagem inicial, sendo o pioneiro do mercado, tendo um custo menor de produção ou um produto único. Ele pode então induzir revendedores a assinar contratos de exclusividade a fim de impedir a entrada de concorrentes ou, ao menos, aumentar seus custos (Comanor and Frech, 1985). Ou seja, ao utilizar esse tipo de contrato, o fornecedor diminui o número de distribuidores disponíveis no mercado ou garante que novos entrantes tenham que contar com revendedores menos eficientes (Areeda, 1974; Director & Levi, 1956; Krattenmaker & Salop, 1986; Mathewson & Winter, 1987) Assim, essa teoria prevê que quanto maior a rivalidade no mercado e maior a probabilidade de entrada de um novo concorrente, maior a chance de que acordos exclusivos serão utilizados.

Quando um fabricante assina um contrato de exclusividade com um revendedor, este fica proibido de vender produtos de competidores do fabricante. Isso gera um custo de oportunidade ao revendedor equivalente aos lucros associados à venda dos produtos dos

⁶² Outros autores ainda identificam outros possíveis efeitos anticompetitivos gerados por cláusulas de exclusividade. Por exemplo, Maltimort (1996) entende que a distribuição exclusiva tem o condão de diminuir a concorrência no mercado em questão ao impedir que haja disputa pela preferência do consumidor entre os pontos de venda da mesma marca.

concorrentes. Assim, para induzir o revendedor a aceitar o contrato de exclusividade, o fornecedor estabelecido deve compensá-lo por esse custo de oportunidade. Se o acordo não gera eficiências que podem ser utilizadas como compensação, o fornecedor pode convencer os revendedores ao dividir os lucros supra-competitivos gerados pela criação ou preservação do poder de mercado (Erutku, 2006).

Acordos de exclusividade podem levar a resultados anticompetitivos quando (1) o fabricante estabelecido possui um custo marginal menor do que o entrante (Matthewson & Winter, 1987); (2) a indústria for caracterizada por economias de escala e possui um grande número de compradores desorganizados (Rasmusen, Ramseyer & Wiley, 1991; Segal & Whinston, 2000); (3) há externalidades no mercado (Bernheim & Whinston, 1998); (4) o fabricante estabelecido utiliza contratos discriminatórios (Stefanadis, 1998); ou (5) o fabricante estabelecido cobra um preço unitário menor (Simpson & Wickelgren, 2001). Todas essas hipóteses, porém, assumem a existência de uma vantagem competitiva por parte do fabricante que contrata a exclusividade, de forma que a atuação da autoridade antitruste não protegeria um *as efficient competitor*.

Outros autores, porém, entendem que há casos em que, mesmo que o fabricante entrante tenha um custo unitário menor, ele pode ser efetivamente excluído do mercado por meio de contratos de exclusividade. Isso ocorre quando o fabricante já estabelecido utiliza cláusulas penais de alto valor (Aghion & Bolton, 1987), quando oferecem descontos de valor fixo (Erutku, 2006) ou quando tem capacidade reduzida (Yong, 1996).

Vale ainda citar o modelo de Besanko e Perry (1994), que inclui a possibilidade de exclusão parcial do mercado aos competidores. No modelo deles, dois fabricantes possuem marcas diferenciadas, e os revendedores atuam em mercados geográficos distintos. Cada revendedor então assina um contrato de exclusividade com um dos fabricantes, excluindo o outro daquele ponto de venda, mas não do mercado como um todo. Isso levaria a maiores preços de varejo e maiores custos de transporte para os consumidores, que agora devem se locomover mais para comprar suas marcas favoritas. Entretanto, os contratos de exclusividade também diminuem o custo fixo do varejista, deixando o resultado líquido sobre o bem-estar social ambíguo.

O resultado, em geral, é maiores preços de atacado e varejo, diminuição na quantidade produzida e, ultimamente, no bem-estar social (Matthewson and Winter, 1987; Rasmussen et al., 1991; Besanko and Perry, 1994; Bernheim and Whinston, 1998).

No entanto, a existência de barreiras à entrada é, por si, insuficiente para concluir que as cláusulas de exclusividade são deletérias. Por exemplo, Dobson & Waterson (1999) afirmam que a exclusividade aumenta a eficiência, mas diminui a competitividade. Ou seja, que ela possui tanto efeitos anticompetitivos quanto pró-competitivos. Por sua vez, Coughlan et al. (2001) afirmam que a exclusividade, ao restringir a competição intramarcas (entre revendedores) favorece a competição intermarcas (entre fornecedores), o que pode ser benéfico a consumidores. Essa posição é, de fato, apoiado por alguns teóricos do direito norte-americano (Klein & Murphy, 2008; Zenger, 2010), que defendem que o direito deve proteger, e não sancionar, a competição dos fornecedores por contratos com os revendedores.

De fato, a Escola de Chicago nega veementemente a possibilidade de efeitos líquidos negativos em acordos de exclusividade. Posner (1976), por exemplo, afirmou que é “improvável” que uma empresa racional use acordos de exclusividade como forma de exclusão de competidores, ainda que não se possa provar isso cabalmente. Já Bork (1978) argumenta que “nunca foi demonstrado que um acordo de exclusividade prejudicava a competição”.

Dois argumentos são apresentados. Primeiro, o fornecedor precisa compensar o revendedor pelos lucros abdicados (custo de oportunidade) por não oferecer marcas competidoras. É possível ver essa compensação como um desconto oferecido ao revendedor suficiente para convencer o revendedor a vender apenas seus produtos, o que seria perfeitamente legítimo do ponto de vista antitruste. Segundo, se a venda da marca concorrente aumenta os lucros do revendedor, isso também beneficiaria o fornecedor, que poderia aumentar a taxa de franquia cobrada. Nesse caso, o fornecedor não irá se beneficiar da exclusão de marcas concorrentes porque isso irá diminuir os lucros do revendedor. Assim, apenas marcas de baixa qualidade serão excluídas (Yehezkel, 2008).

4.2 EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

Nessa parte fez-se um resumo de alguns *papers* que realizaram pesquisas empíricas a respeito de cláusulas de exclusividade, a fim de enriquecer o debate sobre essas restrições verticais. Esses trabalhos foram obtidos nos *websites* de três bases de dados: JSTOR, Lexis Nexis e Springer Link, através das palavras-chave “exclusive dealing”, “exclusivity” e “exclusive

distribution”. Nem todos os artigos encontrados estavam disponíveis para *download*, visto que a Faculdade de Direito da UFRGS não possui acesso irrestrito a essas três bases de dados. Todos os trabalhos encontrados que utilizavam métodos empíricos estão resumidos abaixo.

Li e Dant (1997)

Li e Dant (1997) argumentam que a maior parte dos estudos a respeito de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição foi analisada segundo a óptica antitruste, ou seja, avaliando os efeitos de tais arranjos no bem-estar dos consumidores e no potencial para fechamento do mercado. Nesse estudo, Li e Dant utilizam dados da indústria de fotocopiadoras para compreender os detalhes da relação entre fornecedor e distribuidor. Os autores avaliaram o desempenho de acordos com exclusividade (*exclusive dealing* – ‘ED’) em relação a acordos sem exclusividade (*non-exclusive dealing* – ‘NED’).

A investigação começa com a admissão de que EDs restringem a liberdade de revendedores em comprar linhas de produtos variadas. Estar confinado a uma linha limitada de produtos, por definição, leva os revendedores a remanescerem dependentes dos fornecedores, resultando numa relação assimétrica similar àquela existente em franquias. O artigo se propõe a examinar como são as percepções dos revendedores a respeito de três aspectos dos EDs: (a) relacionamento; (b) comunicação; e (c) desempenho. O primeiro aspecto, relacionamento, envolve saber se a relação das partes pode se caracterizar como orientada ao longo-prazo, recíproca e envolvendo mais que meros contratos individuais de compra e venda. O segundo aspecto, comunicação, está relacionado a quanto as partes ativamente trocam e compartilham informações. Por fim o desempenho mede a avaliação global da relação comercial segundo o ponto de vista de uma das partes.

A pesquisa baseou-se nas respostas que 573 revendedores da indústria de fotocopiadoras forneceram aos autores a respeito da relação com seu principal fornecedor (valendo tanto para EDs quanto para NEDs). Esses revendedores eram questionados sobre 20 pontos que, juntos, mediriam suas percepções em relação aos três pontos destacados acima. Em contraste com as especulações de que a assimetria levaria a uma atitude oportunista dos fornecedores, os resultados da pesquisa indicam os distribuidores em regime de ED possuem relações mais próximas e mais íntimas com os fabricantes do que aqueles em regime de NED.

Distribuidores exclusivos também avaliam melhor suas relações com os fornecedores. Os resultados da pesquisa podem ser resumidos na tabela abaixo:

Variável	Média dos EDs	Média dos NEDs	p >
(a) relacionamento	3.35	3.16	.01
(b) comunicação	3.33	3.09	.01
(c) desempenho	3.91	3.78	.05

Fonte: Li & Dant (1997)

Os autores apontam que a provável causa desses resultados favoráveis é o maior comprometimento que os fornecedores têm em canais de ED, através de investimentos e apoio. Esse comprometimento, por sua vez, motiva os fornecedores a encarar o relacionamento com os revendedores como estratégico e de longo-prazo. Assim, apesar da assimetria de poder, os fornecedores aparentemente adotam estratégias benevolentes e usam seu poder para aprimorar a organização das atividades do canal. Protegidos contra a possibilidade de *free riding*, os produtores parecem dispostos a oferecer contraprestações à renúncia do distribuidor em vender produtos de outras marcas.

Heide, Dutta e Bergen (1998)

Heide, Dutta e Bergen (1998) analisaram dados coletados em uma pesquisa com gerentes que eram responsáveis por decisões sobre métodos de distribuição. Foram enviados questionários a 460 gerentes envolvidos com as decisões sobre distribuição em suas empresas. Apenas trinta gerentes responderam, representando duas indústrias (equipamentos industriais e equipamentos eletrônicos). A seguir estão alguns resultados relatados pelos autores:

- a) considerações sobre eficiência são significativas nas escolhas das firmas em utilizar acordos de exclusividade
- b) há evidências de que os acordos de exclusividade são utilizados para minimizar problemas de *free riding*

- c) a utilização de acordos de exclusividade é influenciada pela avaliação *ex ante* dos possíveis custos de transação associados à descoberta de violações dos contratos.
- d) o uso de acordos de exclusividade também é influenciado pela apreciação *ex ante* que fabricante faz a respeito dos custos que esses acordos impõem aos consumidores finais.
- e) não há relação significativa entre o uso de acordos de exclusividade e considerações não relacionadas à eficiência. Mais especificamente, não há evidências de que os fabricantes utilizam acordos de exclusividade quando eles antecipam a entrada de um novo concorrente.

Há boas razões para ser cético a respeito das conclusões relatadas. Em primeiro lugar, a pesquisa foi baseada em um questionário enviado a gerentes, o que pode ter enviesado os resultados (qual gerente admitiria utilizar acordos de exclusividade para excluir concorrentes do mercado, arriscando, assim, sofrer um processo antitruste?). Os gerentes, além disso, foram questionados apenas em relação à possibilidade de excluir *novos* entrantes⁶³, quando, na verdade, acordos de exclusividade podem, ao menos potencialmente, ser deletérios também a concorrentes já estabelecidos. Ademais, o pequeno número de entrevistados (n=30), a baixa taxa de resposta (6,5%) e o limitado escopo de indústrias (apenas duas) tornam os resultados pouco confiáveis.

Mulcare (1998)

Mulcare (1998) discute as razões que justificam a adoção de acordos de exclusividade na distribuição de bebidas alcoólicas no mercado neozelandês.

O autor começa discutindo o argumento de *free riding*. Desde o início do século, os fabricantes de cerveja argumentavam que acordos de exclusividade impediam seus rivais de se beneficiarem dos investimentos realizados em promoção e publicidade. Afinal, em muitos pontos de venda seria teoricamente possível a substituição de uma marca por outra sem o

⁶³ O questionário apenas perguntava em que grau eles concordavam com a seguinte frase: “entry into this product category by new competitors was likely.”

conhecimento do consumidor, visto que as cervejas eram vendidas em copos (*pints*). No entanto, as evidências que o autor apresentou não apoiavam tal hipótese.

Em seguida, ele cogita que cláusulas de exclusividade poderiam ser utilizadas como segurança para o fornecedor, garantindo que o fornecedor em questão não será excluído do mercado a montante. Ou seja, esses acordos garantiam o acesso do fornecedor aos consumidores mesmo em um mercado com poucos pontos de venda. Vale indicar que a Nova Zelândia possuía um política de restrição do número de hotéis, os maiores revendedores de bebidas alcoólicas, até 1975. As evidências empíricas que o autor trouxe apoiam tal hipótese.

O autor realizou uma pesquisa a respeito do preço da cerveja em mercados de atacado, não encontrando distinções significativas entre distribuidores exclusivos e não-exclusivos na Nova Zelândia entre 1861 e 1909. Três mercados foram identificados:

- a) Mercados tipo A – possuíam acordos de exclusividade como prática generalizada
- b) Mercados tipo B – costumavam ter acordos de exclusividade, mas que abandonaram a prática, ao menos de forma generalizada
- c) Mercados tipo C – os acordos de exclusividade eram e sempre foram exceção.

Algumas das conclusões dessa análise são mostradas a seguir:

- a) *Na ausência de acordos de exclusividade*, o número de cervejarias é negativamente correlacionado com preços de atacado. Ou seja, quanto maior o número de cervejarias, menor o preço. Isso significa que o aumento do preço da cerveja estava associado com um número decrescente de cervejarias.
- b) Um decréscimo de um por cento no índice de ‘produção por cervejaria’ em mercados tipo C estava associado com um aumento de 0.62% no preço de atacado, enquanto o mesmo decréscimo de produção por cervejaria em mercados tipo B estava associado com um aumento de 0.34% no preço de atacado. Isso sugere que a competição intermarcas era menor em mercados tipo C do que nos tipo B.
- c) Cervejarias em mercados tipo C possuíam mais investimentos de capital do que o necessário, estando, portanto, supercapitalizados e com excesso de capacidade. O mesmo não ocorria em mercados tipo B. Segundo o autor, esse fenômeno poderia ser explicado pela informação superior em mercados tipo B.

O problema dessa pesquisa é evidente. A distinção entre os mercados A, B e C não era apenas quão generalizada a prática de exclusividade era, mas podia incluir diversos outros fatores políticos, legais, econômicos e culturais. Esses são, efetivamente, mercados distintos e não podem ser facilmente comparados. Assim, ao dizer que o mercado tipo B possui informação superior, isso pode ter relação com o fato de eles terem utilizado cláusulas de exclusividade no passado. Mas pode ter relação com qualquer outra característica que prevalecia no mercado tipo B e não no mercado tipo C.

Marin e Sicotte (2003)

Marin e Sicotte (2003) utilizam a metodologia de estudo de evento para avaliar os efeitos competitivos de contratos de exclusividade na indústria de transporte marítimo. Esse método estatístico foi descrito por MacKinlay (1997) e afere o impacto de um evento (ou uma série de eventos) no valor de uma empresa, dependendo da crença dos investidores a respeito das consequências do evento. Essa metodologia é especialmente útil no contexto das cláusulas de exclusividade na indústria de transporte marítimo. Em 1958, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que contratos de exclusividade que reduziam ou eliminavam a competição nessa indústria eram ilegais. Após alguns anos de debate político, foi adotado um estatuto que legalizada essas cláusulas.

A referida indústria, desde o século XIX, era formada por uma série de cartéis, que tinham o direito de fixar preços e quantidades, desde que o acordo fosse ratificado pela US Federal Maritime Commission. Esses cartéis ofereciam descontos para clientes que utilizassem apenas os serviços de membros do cartel por, pelo menos, seis meses. Os representantes da indústria nunca negaram que a motivação para esses contratos era deter a entrada de novos participantes, a fim de prevenir uma competição acirrada que desmantelaria toda a indústria e traria instabilidade de preços e serviços irregulares.

Os autores concluíram que os acordos de comercialização exclusiva aumentavam os lucros das empresas envolvidas, como percebido pelo aumento do retorno das ações dessas empresas. Ademais, foi descoberto que esses contratos também aumentam o poder de

mercado das empresas que os utilizam, com o prejuízo dos consumidores. Ou seja, foram encontradas evidências contrárias à hipótese de que os contratos de exclusividade são arranjos eficientes e a favor da ideia de que eles servem para prevenir a entrada no mercado.

Salienta-se que essa pesquisa avaliou não um mercado livre, mas um onde existia uma série de cartéis apoiados pelo Estado norte-americano. É possível (e, de certa forma, esperado) que, nessa instância, os resultados desse tipo de “cláusula de lealdade” sejam efetivamente distintos do que ocorre em mercados onde há livre iniciativa e livre concorrência.

John Asker (2004)

Esse trabalho avaliou os efeitos de acordos de distribuição exclusiva no mercado de cerveja de Chicago em 1994. Há evidências de que as cervejarias que utilizam acordos de exclusividade possuem menores custos de distribuição *vis-à-vis* seus competidores. A magnitude dessa vantagem é estimada em 14 centavos por garrafa de 355 ml, onde a garrafa média tem um preço de atacado de 50 centavos. Quando a amostra é restrita às maiores cervejarias no mercado de Chicago, distribuidores exclusivos conferem uma vantagem estimada de 8.8 centavos a menos no custo de distribuição.

Asker então realizou uma série de testes para verificar hipóteses alternativas que explicariam esse menor custo.

Em primeiro lugar, ele rejeita a hipótese de que o menor custo é dado pelo fato de que os distribuidores exclusivos se esforçam menos na promoção do produto. Na verdade, ele estima que esses distribuidores fazem uma *melhor* promoção do que os seus concorrentes não-exclusivos.

Em seguida, ele afirma que o menor custo não se dá pelos efeitos restritivos à concorrência. Ele concluiu que o custo de distribuição de cervejas que não possuem distribuidores exclusivos não muda significativamente em mercados onde há distribuidores exclusivos de outras cervejarias, em relação a mercados onde não há distribuidores exclusivos. Isto é, a distribuição exclusiva não está alterando os custos das empresas concorrentes.

Foi realizada ainda uma série de experimentos contrafactuais, que sugerem que uma atuação da autoridade antitruste poderia aumentar o bem-estar social em 42%, se os acordos de exclusividade tivessem o único propósito de prejudicar a concorrência. Entretanto, se esses acordos melhorassem a eficiência, a intervenção poderia diminuir o bem-estar social em até 21%. Isso significa que o efeito esperado da intervenção sobre cláusulas de exclusividade no mercado estudado é uma diminuição substancial do bem-estar social. Outra conclusão é que a regra da razão é inteiramente justificável, especialmente quando se considera a magnitude do impacto dos acordos de exclusividade no bem-estar social.

Tim Sass (2005)

Sass (2005) avaliou a indústria de distribuição de cerveja a partir de uma pesquisa de 1996/1997 realizada pela National Beer Wholesalers Association (NBWA), questionando sobre vendas, custos, atividades promocionais e outras informações sobre o ano de 1996. Um questionário foi enviado a 2383 atacadistas, dos quais 391 responderam (21%). Em seguida, as empresas que enviaram resposta foram contatadas para corrigir erros e clarificar dúvidas.

As firmas que responderam ao questionário são maiores que a média da indústria, com uma média de vendas anuais de \$26,4 milhões e 67 empregados, comparado com a média nacional de \$ 11,6 milhões e 32 empregados. Ainda assim, há ampla variação dentro da amostra que respondeu.

O autor chegou a várias conclusões. Ele afirma que acordos de exclusividade são mais comuns em mercados maiores, onde é relativamente difícil de impedir os competidores de atingir uma escala minimamente eficiente. Ademais, contratos exclusivos estão associados com maiores vendas totais. Esses resultados, se considerados conjuntamente com o fato de que as principais cervejas norte-americanas podem ser facilmente encontradas em todo o território americano, sugerem que a exclusão é altamente improvável enquanto motivação por trás do uso de cláusulas de exclusividade na indústria de cerveja,

Sass também considera a possibilidade de as cláusulas de exclusividade estarem sendo utilizadas para facilitar a colusão entre os produtores de cerveja. Essa seria uma possibilidade razoável, visto que a produção de cerveja se dá em um mercado oligopolista e vendem a

distribuidores que agem em territórios exclusivos. Ele, contudo, rapidamente repudia essa hipótese ao verificar que a distribuição exclusiva de uma marca (i.e. Anheuser-Busch) leva a um aumento das vendas dessa marca, mas não tem nenhum efeito significativo nos preços de cervejarias ou distribuidores concorrentes.

Tim Sass considera que os resultados que encontrou são consistentes com a teoria de Marvel (1982) de que os contratos de exclusividade servem para estabelecer direitos de propriedade sobre os investimentos do fornecedor. Afinal, a utilização de cláusulas de exclusividade está positivamente correlacionada com o preço cobrado pelas cervejarias e com a quantidade vendida pelos distribuidores. Entretanto, contrariamente à teoria de Marvel, o nível de publicidade nacional pelas cervejarias não é um determinante significativo da exclusividade dos distribuidores.

O autor admite que a sua pesquisa seja limitada a uma indústria específica, mas considera que ela pode ser, com cautela, estendida a outros mercados, trazendo dúvidas à aplicabilidade geral de modelos anticompetitivos de cláusulas de exclusividade. Assim, ele sugere a utilização da regra da razão em processos antitruste, apenas aceitando uma condenação quando os efeitos de exclusão de rivais ou aumento do custo dos concorrentes estiverem empiricamente demonstrados.

Klick e Wright (2008)

Nos Estados Unidos, leis estaduais regulam as relações verticais entre cervejarias e distribuidores. Os autores estudaram o impacto que normas proibitivas de contratos de exclusividade possuem no bem-estar social, através de dados do National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism. Os autores então avaliaram a venda anual per capita de cerveja por estado e relacionaram esses números às regulações estatais vigentes, controlando para fatores como impostos e distribuição demográfica.

O resultado encontrado foi que uma proibição de acordos de exclusividade estava associada com um aumento econômica e estatisticamente significativo nas vendas. Klick e Wright argumentam que isso oferece uma evidência *prima facie* de que acordos de exclusividade prejudicam a competição através da exclusão de cervejarias rivais. Eles

admitem, entretanto, que há outras explicações alternativas potenciais para esse resultado que serão avaliadas em pesquisas futuras. Uma explicação razoável é que a exclusão de pequenas cervejarias se deu por uma combinação de contratos de exclusividade e restrições, existentes em diversos estados, à entrada de novos distribuidores que poderiam contratar com as pequenas cervejarias.

As implicações da pesquisa são, segundo seus autores, duas. Primeiro, a regra da razão permanece sendo a melhor forma de avaliar a legalidade de contratos de exclusividade através do impacto competitivo da conduta. Segundo, as especificidades regulatórias do mercado de cerveja – incluindo as restrições à entrada de distribuidores – exigem cautela na generalização dos resultados para outros mercados.

4.3 CONCLUSÃO

Talvez a mais importante lição a se tirar do exame das evidências empíricas sobre contratos de exclusividade é quão escassa e limitada essa evidência se mostra, em especial comparado à extensa literatura teórica sobre o assunto. É preciso, assim, que sejam produzidos mais trabalhos empíricos, preferencialmente observando segmentos distintos do de distribuição de bebidas alcoólicas, já que a maior parte dos trabalhos até agora foram desenvolvidos nessa indústria. Seria importante também replicar pesquisas já realizadas em contextos levemente diferentes para confirmar os resultados obtidos (Lafontaine & Slade, 2005).

As pesquisas foram realizadas em mercados de países desenvolvidos e é plausível acreditar que os resultados não se mantenham em nosso país, que sofre de uma realidade econômica e política distinta. Assim, há uma necessidade ainda maior de se realizar pesquisas sobre o assunto no Brasil. Até então, será impossível obter conclusões sólidas sobre o tema.

Apesar disso, é possível fazer algumas inferências a partir dos trabalhos realizados. Não há evidências de que haja elevado grau de dependência do revendedor em relação ao fornecedor. Ademais, há preponderante evidência confirmando a hipótese de que os contratos de exclusividade são desenvolvidos para o benefício mútuo do fornecedor e do revendedor, e não para excluir empresas do mercado (Heide, Dutta & Bergen, 1998; Mulcare, 1998;

Asker, 2004; Sass, 2005). Isso foi confirmado mesmo quando o mercado a montante era oligopolista (Sass, 2005). Há evidências também de que esses acordos podem ter por efeito a exclusão de concorrentes do mercado, em especial quando há intervenção governamental para incentivar cartéis (Marín & Sicotte, 2003) ou para restringir o número de distribuidores (Klick & Wright, 2008). Essas conclusões, entretanto, ainda devem ser melhor avaliadas em novas pesquisas.

Já os modelos teóricos seguem diversas e distintas linhas, sendo impossível verificá-las *a priori*. Ressalta-se que os dois principais pontos de vista – aquele iniciado por Marvel (1982) de que os acordos de exclusividade servem para resolver problemas de *free riding* e aquele que defende que esses arranjos são anticompetitivos. Outro debate importante é a questão se os contratos de exclusividade podem excluir apenas concorrentes menos eficientes ou se eles agem também contra competidores tão eficientes quanto o líder de mercado.

Em nosso ponto de vista, essas conclusões, se corretas, teriam três efeitos: (i) corroborariam os pressupostos do CADE no julgamento das cláusulas de exclusividade, na medida em que elas realmente têm o potencial de excluir competidores; (ii) confirmariam a regra da razão como a perspectiva correta a ser adotada pelo CADE em seus julgamentos, visto que os contratos de venda exclusiva têm potencial para criar tanto eficiências quanto ineficiências, devendo o Conselho determinar a sua legalidade numa base *ad hoc*; e (iii) sugeririam um *standard* mais rígido para condenar uma empresa por utilização de cláusulas de exclusividade, seguindo o modelo da União Europeia de “provas cogentes e convincentes” e do teste do “*as efficient competitor*”. Desta forma, o CADE teria mais legitimidade em suas decisões e evitaria condenações duvidosas como a que ocorreu no caso AmBev.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve três objetivos. Em primeiro lugar, buscou trazer à tona o tratamento conferido às restrições verticais no direito brasileiro, segundo determinado pela doutrina e pela jurisprudência. Foi visto que há diversos elementos que devem ser avaliados em um processo administrativo antitruste. Nosso objetivo foi identificar esses elementos e tentar compreender a importância que o direito brasileiro dá a cada um.

Infelizmente, nossa análise encontrou obstáculos na relativa escassez de literatura brasileira sobre o tema, na novidade do assunto abordado e na inexistência de um banco de dados bem estruturado sobre decisões das autoridades antitruste. Soma-se a tudo isso o fato de que o CADE não faz um exame analítico do teste determinado pela legislação, ou o faz com fundamentação insuficiente na análise da prova, sobretudo de fechamento do mercado, presumindo em alguns casos o fechamento do mercado de supostas práticas com objetivo anticoncorrencial (como aconteceu no caso AmBev, White Martins, Microsoft Select). Não há um padrão de análise e a própria estrutura e formatação dos votos varia bastante.

Apesar disso, foram revelados alguns princípios delineadores da análise antitruste no direito brasileiro, como a regra da razão e a necessidade de demonstração efetiva dos efeitos anticoncorrenciais. Com maior ou menor precisão quando da sua aplicação, a Resolução nº 20/99 estabelece as etapas a serem seguidas pela autoridade antitruste, a saber: a) caracterização da conduta; b) análise das condições estruturais e/ou institucionais; c) ponderação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências da conduta.

Em segundo lugar, essa monografia tentou apresentar e comentar os casos mais importantes sobre cláusulas de exclusividade no direito brasileiro, para que se possa compreender a evolução do tratamento delas em nosso ordenamento. Ademais, inserimos comentários às decisões, avaliando criticamente a postura do CADE em cada um deles.

Por fim, tentou-se expor a moderna literatura econômica sobre as cláusulas de exclusividade, a fim de explicitar os pressupostos teóricos utilizados pelo SBDC. Grande parte da literatura econômica está corretamente refletida na Resolução nº 20/99, que admite dois possíveis efeitos anticoncorrenciais (fechamento do mercado e facilitação de cartéis) e diversas eficiências advindas das cláusulas de exclusividade.

Os trabalhos empíricos sobre o tema, também foram avaliados, na esperança de iluminarem o funcionamento dos acordos de exclusividade na prática empresarial. Os resultados dessas pesquisas, apresentados acima, demonstram que o CADE não está no caminho errado, visto que a Resolução nº 20/99 andou bem ao admitir o que a literatura mais moderna à época de sua elaboração defendia, desvinculando-se de legalidades ou ilegalidades *per se*. Mas não há dúvidas que o CADE ainda pode melhorar sua abordagem ligeiramente, adotando, por exemplo, o teste do “*as efficient competitor*” e o *standard* de convencimento de “provas cogentes e convincentes”, adotados na União Europeia.

Daí que seria recomendável que se fizesse uma atualização da Resolução nº 20/99 para nela contemplar algumas evoluções mais recentes, particularmente aquelas sentidas no Direito Europeu da Concorrência, no sentido de facilitar o exame das eficiências trazidas pela conduta restritiva investigada, dentre elas o estabelecimento de uma presunção favorável à restrição quando não comprovado o fechamento do mercado com elementos cogentes e convincentes, a incorporação do teste *as efficient competitor*.

REFERÊNCIAS

AGHION, Philippe; BOLTON, Patrick. Contracts as a Barrier to Entry. **The American Economic Review**, vol. 77, nº 3, 1987.

AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

ARAÚJO JR., José Tavares de. No GLP, Exclusividade Rima com Competitividade. **Revista Custo Brasil: Soluções para o Desenvolvimento**, Ano 4, n.º 19, fev/mar. 2009. Disponível em http://www.sindicatas.com.br/imagens_newsletter/14_05_2009/artigo_custobrasil.pdf, acessado em 11.11.2011.

AREEDA, Phillip. **Antitrust Analysis: Problem, Text, Cases**. Boston: Little, Brown. 2ª ed., 1974.

ASKER, John. **Measuring Cost Advantages from Exclusive Dealing: An Empirical Study of Beer Distribution**, 2004. Disponível em <http://faculty.chicagobooth.edu/workshops/AppliedEcon/archive/pdf/asker.pdf>, acessado em 22.10.2011.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira**. Texto para Discussão n.º 264. Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2010.

BADIN, Arthur. Venda casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. **Revista de Direito da Concorrência**, vol. 5, 2005.

BASTOS, Aurélio. Cartéis e Concorrência: Estudo sobre a Recuperação Legislativa de Conceitos de Direito Econômico no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 23/24, 1998.

BERNHEIM, Douglas; WHINSTON, Michael. Exclusive Dealing. **Journal of Political Economy**, vol. 106, 1998.

BESANKO, David; PERRY, Martin. Equilibrium Incentives for Exclusive Dealing in a Differentiated Products Oligopoly. **RAND Journal of Economics**, V. 24, n. 4, 1993.

BRENNAN, Timothy. Exclusive Dealing, Limiting Outside Activity, and Conflict Interest. **Southern Economic Journal**, vol. 56, n° 2, 1989.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. Nova York: Basic Books, 1978.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 32^a ed. Koeln: Carl Heymanns Verlag, 2008.

BRUNA, Sergio. **O Poder Econômico e a Conceituação do seu Abuso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CESPEDES, Frank. Channel Management is General Management. **California Management Review**, vol. 31, n° 1, 1988.

CHANG, Myong-hun. Exclusive Dealing Contracts in a Successive Duopoly With Side Payments. **Southern Economic Journal**, vol. 59, n° 2, 1992.

CHARD, John. Economic Effects of Exclusive Purchasing Arrangements in the Distribution of Goods, *In* PELLEGRINI, Lucas; REDDY, Srinivas (Eds.). **Marketing Channels: Relationships and Performance**. Lexington: D. C. Heath, 1986.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, vol. 3, 1960.

COELHO, Fabio. **Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMANOR, William, Jr.; FRECH, H. E., III. The Competitive Effects of Vertical Agreements. **American Economic Review**, vol. 75, 1985.

_____. The Competitive Effects of Vertical Agreements: Reply. **American Economic Review**, vol. 77, n.º 5, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. São Paulo: Forense, 1978.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Introduction to Law and Economics**. 5^a ed. Addison Wesley, 2007.

COPELAND, Melvin. Relation of Consumers' Buying Habits to Marketing Methods. **Harvard Business Review**, vol. 1, nº 3, 1923.

COUGHLAN, Anne; ANDERSON, Erin; STERN, Louis; EL-ANSARY, Adel. **Canais de Marketing e Distribuição**. Porto Alegre: Bookman, 2002.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. **Revista do IBRAC**, vol. 10, nº 3, 2003.

CURRAN, Kenneth. Exclusive dealing and public policy. **The Journal of Marketing**, vol. 15, nº 2, 1950.

DIRECTOR, Aaron; LEVI, Edward. Law and the Future: Trade Regulation. **Northwestern University Law Review**, vol. 51, 1956.

DOBSON, Paul; WATERSON, Michael. Retailer Power: Recent Developments and Policy Implications. **Economic Policy**, vol. 14, nº 28, 1999.

DUTTA, Shantanu; BERGEN, Mark; JOHN, George. The Governance of Exclusive Dealing Territories When Dealers Can Bootleg. **Marketing Science**, vol. 13, nº 1, 1994.

ERUTKU, Can. Rebates as Incentives to Exclusivity. **Canadian Journal of Economics**, vol. 39, nº 2, 2006.

FAGUNDES, Jorge. Restrições Verticais: Efeitos Anticompetitivos e Eficiências. **Revista do IBRAC**, vol. 12, nº 6, 2005.

_____. Cláusulas de Raio e o Caso Iguatemi. **Revista do IBRAC**, vol. 14, nº 6, 2007.

FERES, Marco Vinício Chein. Restrição Vertical por Fixação de Preços. **Revista do IBRAC**, vol. 9, nº 5, 2002.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Conduta Discriminatória e Cláusula de Exclusividade Dirigida. **Revista do IBRAC**, vol. 4, nº 1, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei da Proteção à Concorrência: Comentários à Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Tabela de Honorários ou Justa Remuneração? **Revista do IBRAC**, vol. 16, nº 1, 2009.

FORGIONI, Paula A. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Contrato de Distribuição**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Forgioni, 2008a).

_____. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Forgioni, 2008b).

FOX, Eleanor; SULLIVAN, Lawrence. **Cases and Materials on Antitrust**. St. Paul: West Publishing, 1989.

FRAZIER, Gary; GILL, James; KALE, Sudhir. Dealer Dependence Levels and Reciprocal Actions in a Channel of Distribution in a Developing Country. **Journal of Marketing**, vol. 53, 1989.

FRAZIER, Gary; RODY, Raymond. The Use of Influence Strategies in Interfirm Relationships in Industrial Product Channels. **Journal of Marketing**, vol. 55, 1991.

FRAZIER, Gary. Organizing and Managing Channels of Distribution. **Journal of the Academy of Marketing Science**, vol. 27, nº 2, 1999.

FRANCESCHINI, José Inácio. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998.

FUJIWARA, Thomas. O Uso Estratégico de Vendas Casadas de Bens Não Complementares para Monopolizar Mercados. **Revista do IBRAC**, vol. 11, nº 1, 2004.

GABAN, Eduardo Molan. A Análise da Restrição Vertical: Recusa de Venda no Controle de Condutas Infrativas à Ordem Econômica nos Termos da Lei n.º 8.884/1994. **Revista de Direito da Concorrência**, vol. 10, 2006.

_____; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste: O Combate a Cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAZIANO, Clara; ZANINOTTO, Enrico. Common Agency and Exclusive Dealing in a Differentiated Duopoly. **Economic Notes**, vol. 26, 1997.

GRINBERG, Mauro. Distribuição, Concessão, Exclusividade e Recusa de Venda. **Revista do IBRAC**, vol. 3, nº 8, 1996.

HEIDE, Jan; DUTTA, Shatanu; BERGEN, Mark. Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice. **Journal of Law and Economics**, vol. 61, 1998.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice**. 2ª ed. Saint Paul: West Group, 1999.

_____. **Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement**. University of Iowa Legal Studies Research Paper, nº 10-40, 2010. Disponível em <http://www.uschamber.com/sites/default/files/grc/Hovenkamp.pdf>, acessado no dia 08 de novembro de 2011.

HUNT, Shelby; NEVIN, John. Power in a Channel of Distribution: Sources and Consequences. **Journal of Marketing Research**, vol. 11, 1974.

KATZ, Michael. Vertical Contractual Relations, *In* SCHMALENSEE, Richard; WILLIG, Robert (eds.), **Handbook of Industrial Organization**, vol. 1, Amsterdam: Elsevier Science, 1989.

KLEIN, Benjamin; MURPHY, Kevin Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution. **Antitrust Law Journal**, vol. 75, nº 2, 2008.

KLICK, Jonathan; WRIGHT, Joshua. The Effects of Vertical Restraints on Output: Evidence from the Beer Industry. Disponível em <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/clbe>

[/wp/wp-content/uploads/centers/clbe/wright_effects_of_vertical-restraints.pdf](#), acessado em 23.10.2011.

KNIJNIK, Danilo. **Os Standards do Convencimento Judicial**: Paradigmas para o seu Controle. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**: Análise, Planejamento, Implementação e Controle. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 1993.

KRATTENMAKER, Thomas; SALOP, Steven. Competition and Cooperation in the Market for Exclusionary Rights. **AEA Papers and Proceedings**, vol. 76, 1986.

KUHN, Thomas. **The Structure of Scientific Revolutions**. 3ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret. Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy. **Journal of Economic Literature**, vol. 45, 2005.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O Dumping como Forma de Abuso do Poder Econômico. **Revista de Direito Mercantil**, vol. 91, nº 5, 1993.

_____. Shopping Centers: Convenção Impediente de Novo Estabelecimento, *In*: WALD, Arnaldo. **Direito Empresarial**: Doutrinas Essenciais, vol. 4, 2011.

LEAL, João Paulo. Discriminação de Preços e o Robinson-Patman Act. **Revista do IBRAC**, vol. 10, nº 3, 2003.

LEBRETON, Sylvie. **L'Exclusivité Contractuelle et les Comportements Opportunistes**: Étude Particulière aux Contrats de Distribution. Ed. Litec, 2002.

LI, Zhan; DANT, Rajiv. An Exploratory Study of Exclusive Dealing in Channel Relationships. **Journal of the Academy of Marketing Science**, vol. 25, nº 3, 1997.

LIN, Y. Joseph. The Dampening-of-Competition Effect of Exclusive Dealing. **The Journal of Industrial Economics**, vol. 39, nº 2, 1990.

LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a Caracterização das Vendas Casadas como Infração à Ordem Econômica. **Revista de Direito da Concorrência**, vol. 10, 2006.

MACKINLAY, A. Craig. Event Studies in Economics and Finance. **Journal of Economic Literature**, vol. 35, nº 1, 1997.

MALLEN, Bruce. Selecting Channels of Distribution: a Multi-Stage Process. **International Journal of Physical Distribution & Logistics Management**, vol. 26, nº 5, p. 5-21, 1996.

MARÍN, Pedro; SICOTTE, Richard. Exclusive Contracts and Market Power: Evidence from the Ocean Shipping. **The Journal of Industrial Economics**, vol. 51, nº 2, 2003.

MARTIMORT, David. Exclusive Dealing, Common Agency, and Multiprincipals Incentive Theory. **RAND Journal of Economics**, vol. 27, nº 1, 1996.

MARVEL, Howard. Exclusive Dealing. **Journal of Law and Economics**, vol. 25, 1982.

MATTHEWSON, G. Frank; WINTER, Ralph A. The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment. **American Economic Review**, vol. 77, 1997.

MATTOS, César. Fixação de Preços de Revenda – FRP: Elementos para um Roteiro de Investigação. **Revista do IBRAC**, vol. 8, nº 4, 2001.

MCALISTER, Leigh; BAZERMAN, Max; FADER, Peter. Power and Goal Setting in Channel Negotiations. **Journal of Marketing Research**, vol. 23, 1986.

MCVEY, Phillip. Are Channels of Distribution What the Textbooks Say? **Journal of Marketing**, vol. 24, nº 3, 1960.

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.

MOSCOGLIATO, Marcelo. Evolução do Direito Antitruste no Brasil – Alguns Aspectos, *In* ROCHA, João *et al.* (eds), **Lei Antitruste: 10 Anos de Combate ao Abuso de Poder Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MOURA, Mauro Hiane. A Teoria do Abuso do Direito: uma Alternativa para Interpretar a Jurisprudência Americana sobre Refusals to Deal. **Revista do IBRAC**, vol. 14, nº 6, 2007.

MULCARE, Tim. Exclusive Dealing in New Zealand Alcoholic Beverage Markets. Disponível em http://www.iscr.org.nz/f260,5167/5167_exclusve_dealing_nz_alcohol_011298.pdf, acessado em 15.11.2011.

MULHERIN, J. Harold. Specialized Assets, Governmental Regulations, and Organizational Structure in the Natural Gas Industry. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, vol. 142, nº 3, 1986.

NORTH, Douglass. Institutions and Economic Theory. **American Economist**, vol. 36, 1992.

O'BRIEN, Daniel; SHAFFER, Greg. On the Dampening-of-Competition, Effect of Exclusive Dealing. **The Journal of Industrial Economics**, vol. 41, nº 2, 1993.

OLIVEIRA NUSDEO, Ana Maria de. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o Controle da Concentração de Empresa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ORNSTEIN, Stanley I. Exclusive Dealing and Antitrust. **Antitrust Bulletin**, vol. 34, 1989.

OSORIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PITOFISKY, Robert. **Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers: A US Perspective**. Anais da 24ª Conferência Annual de Direito e Política Antitruste Internacional, 16 e 17 de outubro de 1997. Disponível em <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/fordham7.shtm>, acessado em 14.11.2011.

POSNER, Richard. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDE, João Luiz. Restrições Verticais e Política de Defesa da Concorrência: uma Abordagem Econômica. **Revista do IBRAC**, vol. 8, nº 8, 2001.

RASMUSSEN Eric; RAMSEYER, Mark; WILEY JR, John. Naked Exclusion. **American Economic Review**, vol. 81, 1991.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos Modernos de Direito Comercial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1980.

REY, Patrick; STIGLITZ, Joseph. The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition. **RAND Journal of Economics**, vol. 26, 1995.

ROBBINS, Lionel. **Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2ª ed. Londres: MacMillan, 1935.

ROERING, Kenneth J. Bargaining in Distribution Channels. **Journal of Business Research**, vol. 5, 1977.

ROGERS, Wanda Jane. Beyond Economic Theory: a Model for Analyzing the Antitrust Implications of Exclusive Dealing Arrangements. **Duke Law Journal**, vol. 45, 1996.

ROSS, Stephen F. **Principles of Antitrust Law**. Westbury: The Foundation Press, 1993.

SALGADO, Lúcia Helena. **Política da Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil**. Texto para Discussão n.º 385. IPEA, 1995. Disponível em http://agencia.ipea.gov.br/pub/td/1995/td_0385.pdf, acessado em 12.11.2011.

SALOMÃO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Condutas**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SALOP, Steven; SCHEFFMAN, David. Raising Rivals' Costs. **American Economic Review**, vol. 73, 1983.

SANTOS, Rodrigo Surcan dos. Resale Price Maintenance, Suggested Retail Price e o Caso Kibon. **Revista do IBRAC**, vol. 13, nº 2, 2006.

SASS, Tim; GISSER, Micha. Agency Cost, Firm Size, and Exclusive Dealing. **Journal of Law and Economics**, vol. 32, 1989.

SASS, Tim. The Competitive Effects of Exclusive Dealing: Evidence from the U.S. Beer Industry. **International Journal of Industrial Organization**, vol. 23, 2005.

SCHERER, Frederic; ROSS, David. **Industrial Market Structure and Economic Performance**. 3ª ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1990.

SCHWARTZ, Marius. The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment. **American Economic Review**, vol. 77, 1987.

SEGAL, Ilya; WHINSTON, Michael. Naked Exclusion: Comment. **American Economic Review**, vol. 90, 2000.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. **Economia da Informação**: Como os Princípios Econômicos se Aplicam à Era da Internet. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

SILVA, Leonardo Rocha. Law and Policy Towards Vertical Restraints of Trade: The Case of Brazil. **Boletim Latinoamericano de Competencia**, nº 9, parte 2, 2000.

SIMPSON, John; ABRAHAM Wickelgren. The Use of Exclusive Contracts to Deter Entry, 2001, disponível em <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp241.pdf>, acessado em 02.11.2011.

SLADE, Margaret. Beer and the Tie: Did Divestiture of Brewer-Owned Public Houses Lead to Higher Beer Prices? **Economic Journal**, vol. 108, 1998.

SOLON, Ary. Diferenciação de Preços. **Revista do IBRAC**, vol. 3, nº 8, 1996.

STEFANADIS, Christodoulos. Selective Contracts, Foreclosure, and the Chicago School View. **Journal of Law and Economics**, vol. 41, 1998.

STERN, Louis. The Concept of Channel Control. **Journal of Retailing**, vol. 53, 1967.

STEUER, Richard M. Exclusive Dealing in Distribution. **Cornell Law Review**, vol. 69, 1983.

STEVENS, Dallal. Framing Competition Law within an Emerging Economy: the Case of Brazil. **Antitrust Bulletin**, vol. 40, 1995.

TORTATO, Ubiratã; MARX, Roberto. Distribuição Exclusiva: Repensando o Modelo para o Setor Automobilístico. *Anais do 24º Encontro Nacional de Engenharia de Produção, ENEGEP, 03 a 05 de novembro de 2004, Florianópolis, SC, Brasil.*

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: Princípios Básicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

YEHEZKEL, Yaron. Retailer's Choice of Product Variety and Exclusive Dealing under Asymmetric Information. **RAND Journal of Economics**, vol. 39, n° 1, 2008.

YONG, Jong-Say. Excluding Capacity-Constrained Entrants through Exclusive Dealing: Theory and an Application to Ocean Shipping. **The Journal of Industrial Economics**, vol. 44, 1996.

ZENGER, Hand. When Does Exclusive Dealing Intensify Competition for Distribution? Comment on Klein and Murphy. **Antitrust Law Journal**, vol. 77, 2010.

ZUSMAN, Pinhas; ETGAR, Michael. The Marketing Channel as an Equilibrium Set of Contracts. **Management Science**, vol. 27, 1981.

ÍNDICE DE CASOS

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (CADE)

- Caso Aceco Informática** – Processo Administrativo n.º 08700.005025/2007-07, Rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz, j. 23/6/2010
- Caso AHERJ** – Processo Administrativo n.º 08000.008365/1995-00, Rel. Cons. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, j. 19.6.2002.
- Caso AHESP** – Processo Administrativo n.º 62/92, j. 9.11.94
- Caso AMB** – Processo Administrativo n.º 61/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 12/02/1996
- Caso AmBev** – Processo Administrativo n.º 08012.003805/2004-10, Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, j. 22/7/2009
- Caso Autolatina** – Processo Administrativo n.º 0089/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 29.9. 1999
- Caso Brahma** – Processo Administrativo n.º 08000.000146/1996-55, Rel. Cons. Ruy Afonso de Santacruz Lima, j. 9.6.99
- Caso Cargill Citrus** – Processo Administrativo n.º 08000.022994/1997-79, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14/2/2007
- Caso Center Norte** – Processo Administrativo n.º 08012.002841/2001-13, Rel. Cons. Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, j. 19/1/2005
- Caso Central Sul** – Processo Administrativo n.º 65, j. 78.5.87
- Caso Coca-Cola** – Processo Administrativo n.º 86, j. 2.3.89
- Caso Columbia Tristar** – Investigação Preliminar n.º 080012.007758/97-66, j. 10.2.1999
- Caso CRT Celulares** – Processo Administrativo n.º 53500.000502/2001, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/6/2008
- Caso das Montadoras de Carro** – Processo Administrativo n.º 08012.000487/2000-40, Rel. Cons. Thompson Almeida Andrade, j. 20/6/2001
- Caso das Sepulturas** – Processo Administrativo n.º 08012.008064/1997-82, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/1/2005
- Caso dos Cigarros I** – Processo Administrativo n.º 08012.003303/98-25, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 5 de outubro de 2005.

- Caso dos Cigarros II** – Processo Administrativo 08012.003921/2005-10, Rel. Cons. Alessandro Serafin Octaviani Luis, sem julgamento previsto.
- Caso dos Elevadores** – Processo Administrativo n.º 08012.009373/1998-23, Rel. Cons. Sicsú, j. 19/7/2006
- Caso Directv** – Processo Administrativo n.º 53500.000359/99, Rel. Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. 20.6.2001
- Caso Eldorado** – Processo Administrativo n.º 08000.018299/1996-86, Rel. Cons. Arthur Barrionuevo Filho, j. 19.9.1998
- Caso EMDEC** – Processo Administrativo n.º 20/92, j. 24.8.1994
- Caso Esselte** – Processo Administrativo n.º 97, j. 9.11.89
- Caso Fama** – Processo Administrativo n.º 80, j. 7.7.88
- Caso Fiat/Transauto** – Processo Administrativo n.º 31, Rel. Cons. Neide Terezinha Mallard, j. 06.10.1993, Revista do IBRAC, V. 2, n. 1, fev. 1995, p. 82.
- Caso Fiat/UNICAR** – Processo Administrativo n.º 08000.017766/1995-35, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 6.10.1999.
- Caso Ford Tratores** – Processo Administrativo n.º 40, j. 8.10.87
- Caso ICI Brasil** – Processo Administrativo n.º 30/92, j. 26.2.1993
- Caso Iguatemi** – Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007
- Caso Kibon** – Voto na Sindicância n.º 58, j. 2.7.87
- Caso Maratona de Nova Iorque** – Processo Administrativo n.º 08000.016489/1997-21, Rel. Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe, j. 11/5/2005
- Caso MedLife** – Processo Administrativo n.º 08012.003762/2005-53, Rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz, j. 9/6/2010
- Caso Microsoft Money** – Processo Administrativo n.º 08012.001182/1998-31, Rel. Cons. Thompson Almeida Andrade, j. 19/5/2004
- Caso Microsoft Select** – Processo Administrativo n.º 08012.008024/1998-49, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/8/2004
- Caso Minério de Ferro** – Processo Administrativo n.º 08012.009264/2003-52, Rel. Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe, j. 6/4/2005
- Caso Petrobrás** – Processo Administrativo n.º 47/92, Rel. Cons. Leônidas Rangel Xausa, j. 14.03.1994
- Caso Plumbum** – Processo Administrativo n.º 82, j. 7.7.88.
- Caso Radiologia Bento Gonçalves** – Processo Administrativo n.º 08012.006899/2003-06, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Raggazzo, j. 22 de julho de 2009

- Caso SFK** – Processo Administrativo n.º 08012.001271/2001-44, Rel. Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe, pendente julgamento definitivo
- Caso Sharp** – Processo Administrativo n.º 01/91, Rel. Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, j. 28.5.1993
- Caso Singer** – Averiguação Preliminar n.º 138, j. 5.11.87
- Caso UNIMED da Encosta da Serra** – Processo Administrativo n.º 08012.001280/2001-35, Rel. Cons. Miguel Tebar Barrionuevo, j. 15/01/2003
- Caso UNIMED Ourinhos** – Processo Administrativo n.º 08012.001892/2004-71, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 19/1/2005
- Caso UNIMED Vale do Caí** – Processo Administrativo n.º 08012.006769/2003-65, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/7/2005
- Caso Valer** – Processo Administrativo n.º 32/92, j. 22.4.93
- Caso Vesuvius** – Ato de Concentração n.º 08012.007674/98-59, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 12.5.1999.
- Caso Volkswagen** – Processo Administrativo n.º 78, j. 4.2.88
- Caso White Martins** – Processo Administrativo n.º 08000.022579/1997-05, Rel. Cons. Celso Fernandes Campilongo, j. 26/6/2002
- Caso Xerox** – Processo Administrativo n.º 23/91, Rel. Cons. Marcelo Monteiro Soares, j. 31.3.1993
- Caso Yopa** – Processo Administrativo n.º 149/94, Rel. Cons. Leônidas Rangel Xausa, j. 19/11/1997
- Consulta ao CADE n.º 14/96**, j. 12.11.1996
- Processo Administrativo n.º 81**, j. 15.9.88

Poder Judiciário

- Caso Cemitério do Morumbi** – TJSP, Ação Cautelar n.º 181.938.5/0-00, 8ª Câmara, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 8.5.02
- Caso Cinemark** – TJSP, AI n.º 195.256-4/1-00, 8ª Câmara, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, j. 8.8.01
- Caso Salvador Motos Ltda** – Processo Judicial n.º 583.00.2009.116822-5, 9ª Vara Cível Central da Comarca de SP, j. 19/11/2010
- Caso UNIMED Rio Claro** – STJ, REsp 261.155-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/03/2004
- Caso Xerox no Judiciário** – TRF da 1ª região, Medida Cautelar n.º 2000.01.00.000454-3/DF, 5ª Turma, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 22.10.01

APÊNDICE A

Resultados estimados dos acordos de exclusividade

Modelo	Preço do fornecedor	Preço do distribuidor	Quantidade vendida (output)	Preço do distribuidor rival	Investimentos específicos do fornecedor
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INCENTIVOS					
<i>Bernheim and Whinston (1998)</i>	+	+	-		
<i>Besanko and Perry (1993)</i>	+	-	+		+
<i>Graziano and Zaninotto (1997)</i>	+	+	-		
<i>Martimort (1996)</i>		-	+		
<i>Marvel (1982)</i>	+		+		+
<i>Sass and Gisser (1989)</i>	+		+		
FECHAMENTO DE MERCADO					
<i>Bernheim and Whinston (1998, sec. 4)</i>	+	+	-		
<i>Besanko and Perry (1994)</i>	+	+			
<i>Comanor and Frech (1985)</i>	+	+	-		
<i>Matthewson and Winter (1987)</i>	-	?			
<i>Rasmussen et al. (1991)</i>	+		-		
ENFRAQUECIMENTO DA COMPETIÇÃO					
<i>Lin (1990)/O'Brien and Shaffer (1993)</i>	+	-		+	
<i>Slade (1998)</i>	+	+	-	+	
RESULTADOS	+	+	+	0	0

Fonte: Sass (2005)