

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VITOR CASAGRANDE PELANDA

**ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE NO BRASIL: ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A
REGULAÇÃO DO CADE**

VITÓRIA
2024

VITOR CASAGRANDE PELANDA

**ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE NO BRASIL: ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A
REGULAÇÃO DO CADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Projeto de Conclusão de Curso.

Orientadora: Prof. Dra. Alessandra Lignani de M. Starling e Albuquerque.

VITÓRIA
2024

VITOR CASAGRANDE PELANDA

**ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE NO BRASIL: ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A
REGULAÇÃO DO CADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Projeto de Conclusão de Curso.

Orientadora: Prof. Dra. Alessandra Lignani de M. Starling e Albuquerque.

Profa. Dra Alessandra Lignani de M. Starling e Albuquerque.

Faculdade de Direito de Vitória.

Orientadora.

VITÓRIA

2024

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 CONDUTAS UNILATERAIS	6
2.1 ILÍCITOS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE.	6
2.2 TIPOS DE ILÍCITO ANTITRUSTE E MÉTODOS DE ANÁLISE.....	11
3 RELAÇÕES VERTICAIS DE EXCLUSIVIDADE	16
3.1 DEFINIÇÃO E EXTENSÃO DA CONDUTA DE EXCLUSIVIDADE.....	16
3.2 PARÂMETROS PARA CONSTATAÇÃO DE UMA CONDUTA ANTICOMPETITIVA.....	19
3.2.1 Presença de posição dominante	21
3.2.2 Fechamento do mercado	23
3.2.3 Efeitos potenciais e efetivos da Conduta Unilateral	25
4 JULGADOS RECENTES DO CADE	28
4.1 CASO IFOOD – IA Nº 08700.004588/2020-47.....	28
4.2 CASO GYMPASS – RV Nº 08700.007228/2021-88.....	30
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS	16

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao fazer uma escolha econômica pelo regime capitalista, estabeleceu, em seu artigo 170, como princípios fundamentais da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência.

Nesse sentido, o Direito Concorrencial é um ramo do Direito que busca regulamentar e regular os agentes econômicos, buscando atingir a livre concorrência e maximizar o bem-estar dos consumidores.

Assim, reprimindo os abusos de Poder Econômico, surge o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), um tribunal administrativo que apresenta função bipartite, de um lado, realizar o controle de estruturas, aprovando ou reprovando fusões e aquisições de empresas, *joy ventures*, ou outras aquisições, e de outro, o controle de condutas, apurando e reprimindo infrações à ordem econômica.

A lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011) que, atualmente, regulamenta este Tribunal, estabeleceu, em seu Art. 36, especificamente, um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas como infração à ordem econômica. Esse mesmo artigo dispõe, no inciso IV, a configuração da conduta “exercer de forma abusiva posição dominante”. Ou seja, para que ocorra uma infração à ordem econômica, é necessário que sejam preenchidos dois requisitos, quais sejam: (i) possuir posição dominante dentro de um determinado mercado relevante; e (ii) exercer essa posição dominante de forma abusiva. O inciso III do §3º do mesmo artigo delimita, ex lege, ainda mais a configuração de conduta competitiva como limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado.

Dentre as diversas condutas específicas que podem ser enquadradas nesse inciso, temos os acordos de exclusividade realizados entre agentes econômicos. Tais acordos são realizados porque possuem benefícios claros, como a redução de custos de transação, a manutenção na qualidade de serviço e valor do negócio, evitam o “efeito carona”. Por outro lado, a conduta praticar exclusividade pode ser ilícita, se resultar em um fechamento do mercado.

Assim, o segundo capítulo do presente trabalho busca entender como se dão e como se devem se analisar os ilícitos numa perspectiva antitruste. Já o terceiro capítulo traz à tona as cláusulas de exclusividade e a forma de análise para aferição de anticompetitividade. Finalmente, o quarto capítulo traz dois julgados recentes do CADE a respeito do assunto.

Dessa forma, surge a seguinte dúvida, qual o tratamento que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE dá à realização de acordos de exclusividade entre empresas?

2 CONDUTAS UNILATERAIS.

2.1 ILÍCITOS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE.

Para Pompeu e Matos (2023), o direito está intrinsecamente ligado a economia, cuja relação é comparada à interdependência entre crescimento econômico e desenvolvimento humano:

O desenvolvimento da humanidade está diretamente ligado à Economia. Desde os nômades até a era pós-industrial, percebe-se o desenvolvimento de aglutinações sociais em torno de locais que apresentem condições propícias à subsistência dos indivíduos. Diz-se, por isso, que Direito e Economia estão um para o outro assim como crescimento econômico está para desenvolvimento humano (POMPEU e MATOS, 2020).

Assim, o direito da concorrência é regulado, no Brasil, pela lei nº 12.529 (BRASIL, 2011), introduzindo no ordenamento jurídico o microsistema de tutela da concorrência.

Conforme tal lei, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que possui regime jurídico de autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça, e como função ser a autoridade julgante de condutas anticompetitivas e atos de concentração e a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (atualmente como subsecretaria pertencente à Secretaria de Reformas Econômicas/MF), que possui função de exercer a advocacia da concorrência dentro do âmbito do Poder Executivo Federal.

Para Zenkner (2023, p. 69), o impacto das atividades das empresas reverbera de maneira significativa na vida de todos, não apenas através dos produtos e serviços que disponibilizam ou das oportunidades de emprego que geram, mas também no tocante às condições de trabalho, ao respeito aos direitos humanos e à preservação do meio ambiente, entre outros aspectos. Já para Laranja Musiello e Fabríz (2022, p. 3) “verificar-se-á se o paradigma do lucro, como fim do investimento deverá se sobrepôr, ou não, a um dever fundamental para com a coletividade”,

Nesse sentido, verifica-se que a autoridade concorrencial possui duas formas de controle sobre o poder econômico, o controle preventivo e o controle repressivo.

O controle preventivo está preocupado com as concentrações de mercado trazidas para apreciação da autoridade concorrencial por empresas suficientemente grandes, capazes, por si só, de corromper a competição, conforme requisitos disciplinados na Resolução CADE nº 33, de 31 de maio de 2021. Por meio deste controle, o Estado toma conhecimento das concentrações de mercado e é capaz de analisar se determinada operação pode produzir efeitos negativos no mercado relevante, podendo, a partir daí, estabelecer remédios capazes de minimizar os efeitos negativos da concentração ou, caso não seja possível estabelecer remédios, reprovando a operação, revertendo o controle da empresa.

Já o controle repressivo se dá através da repressão e aplicação de penalidades pela prática de condutas consideradas ilícitas no direito concorrencial. É função da autoridade concorrencial identificar as infrações à ordem econômica e, portanto, punir aquelas que trazem desequilíbrio aos mercados. Nesse caso, a lei nº 12.529 (BRASIL, 2011) define como infração à ordem econômica as condutas colusivas (cartéis), bem como as condutas unilaterais, determinadas condutas praticadas por sociedades empresariais que, por serem tão relevantes dentro do mercado em que estão inseridas, são capazes de gerar efeitos anticompetitivos.

Dentro do controle repressivo, podemos, ainda, diferenciar entre relações horizontais e verticais, sendo as horizontais como as relações relativas a empresas que concorrem dentro de um mesmo mercado e as verticais como as relações entre empresas que se relacionam ao longo de uma cadeia produtiva.

Segundo Paulo Furquim (2010, p.3), as “Relações verticais são aquelas que englobam processos produtivos complementares, em contraste com relações horizontais, que compreendem processos produtivos substitutos”. O Professor ainda complementa:

Atividades complementares (i.e., verticalmente relacionadas) são frequentemente intermediadas por contratos, que, além de transferirem diretamente um bem ou serviço, podem alocar direitos e deveres entre as partes, em particular direitos de decisão, tais como ‘a que preço vender um produto’ ou ‘de quem adquirir um insumo’. Contratos de franchising e diversas modalidades de contratos empresariais tipicamente contêm esse tipo de transferência de direito de decisão, ou

seja, restrições verticais. No limite, as partes podem acordar em transferir todos os direitos de decisão relevantes, incluindo os chamados direitos residuais de controle, o que equivale a transferir a propriedade do negócio que é verticalmente relacionado (Grossman e Hart, 1986). Em outras palavras, a integração vertical – i.e., reunião de atividades complementares sob o mesmo comando hierárquico – é um caso extremo, em que as partes acordam em transferir a propriedade do negócio e não apenas direitos de decisão especificados contratualmente. Por conta da diversidade de formas em que as restrições verticais podem se manifestar, a teoria econômica tem optado por utilizar o termo geral ‘controle vertical’ para tratar de suas diversas modalidades, de restrições verticais puras à integração vertical.

De forma extremamente didática, em complemento a definição de Furquim, Corrêa (2008, p.18) coloca que:

Quando fornecedores optam por utilizar intermediários na distribuição de seus produtos (ao invés distribuir seus produtos diretamente), podem utilizar determinadas disposições contratuais em diferentes estágios da cadeia de produção/distribuição que restrinjam a sua própria liberdade e/ou a liberdade de seus intermediários, com o objetivo de alinhar incentivos entre as partes e reduzir custos de transação. Estes acordos ou disposições contratuais são chamados de restrições verticais.

Muito embora a legislação brasileira não traga uma diferenciação clara entre condutas horizontais e verticais, aplica-se tal classificação para melhor organizar as infrações à ordem econômica (NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 92).

O presente trabalho realizou um corte temático, em consonância com o tema principal, para analisar as restrições verticais, a fim de que se possa chegar na conduta de exclusividade em espécie.

Em consonância, estrutura legal hoje vigente das condutas unilaterais é reproduzida pela lei nº 12.529 (BRASIL, 2011), em seu art. 36¹.

¹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1o A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados

Conforme pode-se analisar do dispositivo, a lista exemplificativa de hipóteses de condutas vem sem uma indicação precisa dos elementos que constituem o ilícito. De acordo com Schuartz (2002, p. 97), uma das principais características da técnica legislativa do controle antitruste está relacionada à indeterminação da definição dos requisitos que caracterizam determinada prática como infração concorrencial.

Segundo Fernandes (2022, p. 153), “o caráter genérico dessas conceituações se deve a própria amplitude da proibição legal”.

Nesse diapasão, Mendes (2013, p. 69) estabelece que, diferentemente do modelo estatal de exercício do jus puniendi, o controle de condutas unilaterais do direito antitruste brasileiro está em (i) uma técnica flexível de normatização, (ii) a responsabilidade objetiva, e (iii) a (des)importância do alcance dos efeitos anticompetitivos para configuração do ilícito.

individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Quanto ao inciso *i*, verifica-se que é notável um certo grau de indeterminação e repetitividade nas condutas previstas no rol exemplativo do art. 36, §3º, da lei nº 12.529 (BRASIL, 2011). Essas condutas, inclusive, podem ser consideradas ilícitas ou não, a depender do preenchimento da hipótese do caput do artigo.

Vale mencionar que, para determinar a ilicitude de determinada conduta faz-se necessária uma aprofundada análise casuística, considerando parâmetros como tamanho da empresa que está praticando a conduta dentro do mercado relevante, qual mercado a empresa se encontra etc. Nesse sentido, Mendes (2013, p. 72):

Em primeiro lugar, grande parte das condutas capazes de restringir a concorrência de forma indevida são praticamente indistinguíveis de atos comuns realizados por empresas no curso normal de seus negócios. Estratégias predatórias de precificação não são, numa primeira análise, diferentes de uma política pró-competitiva de redução de preços. Condutas de fechamento de mercado por meio de contratos de exclusividade tendem a ser de difícil identificação dentre as inúmeras relações contratuais com fins legítimos existentes na economia.

Também deve-se notar que a identificação de prática anticompetitivas é tarefa que normalmente passa pelo exame circunstancial do mercado afetado. Condutas que se revelam normais quando praticadas em mercados competitivos e fragmentados podem gerar sérios problemas concorrenciais se implementadas por uma empresa dominante num determinado setor da economia.

Já o inciso *ii*, quanto a responsabilidade objetiva, há uma grande discussão da doutrina, alguns autores entendem por sua inconstitucionalidade, por importar o princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador, reforçada pela interpretação literal do art. 173, §4º da Constituição da República². No entanto, segundo o autor, tal medida é acertada, tendo em vista que, em uma análise dos objetivos do direito da concorrência, é desnecessária a perquirição de culpa ou dolo para a realização de sanções, tendo em vista que seu objeto de análise são os efeitos de determinado ato para a concorrência, e não a moralidade dos atos e condutas (Mendes, 2013, p. 74-77).

No tocante ao inciso *iii*, a desnecessidade de produção efetiva de efeitos para que reste configurada uma infração à ordem econômica, também é elencada pelo autor, ou seja, para ser considerada um ilícito antitruste, não é necessário que os efeitos de uma conduta sejam alcançados. Não obstante, a doutrina nacional

² CF, art. 173, § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

consagrou a necessidade de aplicação da regra da razão, que será melhor abordada no tópico abaixo, para caracterização de um ilícito antitruste de restrições verticais, rejeitando-se a utilização da regra *per se* (Mendes, 2013, p. 78-79).

Além disso, considerando que pessoas são agentes racionais que fazem as melhores escolhas disponíveis para alcançarem seus objetivos, tomando decisões em que ponderam os benefícios com os custos marginais e só executa alguma ação se o benefício marginal superar o custo marginal (MANKIWI, 2014), o *enforcement* das condutas unilaterais tem uma tarefa ainda mais complexa, criar uma arquitetura jurídica de incentivos para a competitividade, considerando a árdua tarefa de percepção e prova das condutas, bem como de análise de seus efeitos pró-competitivos.

Nesse sentido, são utilizados standards analíticos construídos pelos órgãos responsáveis pela aplicação das normas concorrenciais a casos concretos, como a regra da razão e *per se*.

2.2 TIPOS DE ILÍCITO ANTITRUSTE E MÉTODOS DE ANÁLISE.

As infrações a ordem econômica podem ser diferenciadas em duas categorias, ilícitos por objeto e ilícitos por efeito.

A primeira categoria refere-se às relações que tenham como objetivo restringir a concorrência, tais quais a prática de cartel, já a segunda inclui práticas que, precipuamente, podem restringir a concorrência, mesmo que não seja este o objetivo daquele que a está realizando.

Nesse sentido, as categorias de ilícito por objeto estão atreladas as práticas horizontais, especialmente no que diz respeito às condutas coordenadas entre agentes, e as de ilícito por efeito às restrições verticais, no que diz respeito à uma cadeia de distribuição. Desse modo, para tratamento desses ilícitos, foi realizada uma separação metodológica da forma de análise, sendo o ilícito por objeto ter como método de análise *per se*, e o ilícito por objeto, a regra da razão.

De acordo com o professor Hovenkamp (2008, p. 104), a regra *per se* consiste em um agregado de presunções e atalhos, utilizados para reduzir os custos administrativos e incertezas nas investigações antitruste. Nesse modelo, há uma presunção *iuris tantum* de que a conduta é ilícita e, assim, entende-se que o próprio objeto da conduta coloca a concorrência em risco.

Hovenkamp (2008, p. 114) complementa, ainda, que, dizer que determinada conduta, como a fixação de preços entre competidores é constitui um “ilícito *per se*” sugere que, uma vez confirmada sua execução e responsáveis identificados, é viável estabelecer a infração antitruste sem a necessidade de examinar se o acordo foi rentável no mercado relevante, se teve impacto negativo nos consumidores, ou se havia alguma razão circunstancial que justificasse tal ação.

Quanto ao ilícito por efeito, o preceito mais adequado a sua análise é a regra da razão. Nesse standard, vai-se para além dos fatos, analisados desacompanhados por meio da regra *per se*, analisando-se, também os efeitos pró-competitivos e anticompetitivos da conduta e, a partir desse sopesamento, realizado por meio de testes econômicos, aferir sua lesividade ao bem tutelado.

Uma investigação com base na regra da razão compele a autoridade a realizar uma análise do mercado (definição de mercado relevante, cálculo das participações de mercado dos agentes envolvidos, análise das condições estruturais do mercado e identificação de possíveis ganhos de eficiência da conduta), com o objetivo de analisar os efeitos potenciais dessa conduta, ao passo em que as partes buscam provar eficiências do mercado ou justificativas de que tal conduta não é ilícita.

O caput art. 36 da lei nº 12.529³ (BRASIL, 2011) não define especificamente a separação entre quais condutas serão analisadas pela ótica *per se* ou da regra da razão, trazendo as duas hipóteses como cabíveis, o que foi desenvolvido, então pela doutrina e jurisprudência.

Quanto à prática de cartel, hodiernamente, é entendido que se trata de uma infração *per se*, mas nem sempre foi assim. O Anexo I da Resolução CADE n.

³ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

20/1999⁴ entende que deve ser utilizada a regra da razão para análise das condutas horizontais, utilizando-se como base o princípio da razoabilidade na análise dos ilícitos antitruste.

No entanto, a jurisprudência do CADE⁵ se tornou uníssona no sentido de que a conduta de cartel deve ser um ilícito *per se*, com base na premissa de que os cartéis resultam em graves perdas para o bem-estar social.

Ao examinar a aplicabilidade da regra *per se*, afirmou o ex-conselheiro Luiz Fernando Schuartz que esta norma “não significa condenação independentemente dos efeitos da prática para a concorrência, mas sim condenação independentemente da prova desses efeitos” (DUTRA, 2009, p. 271).

Não se duvida do fato de que poderia haver cartéis que possam produzir eficiência econômica, mas é fato que a quantidade seria irrelevante, e que o custo de avaliação das particularidades de cada caso seria tão custoso que não compensaria para fins de punição. De modo diverso, as restrições verticais podem trazer grande eficiência econômica, justificando-se o desafio de análise pormenorizada para aferir a eficiência da conduta.

Por esse motivo, para análise das restrições verticais no Brasil, sempre foi utilizada a regra da razão. Nos Estados Unidos, entretanto, a situação foi diferente,

⁴ “As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (‘eficiências econômicas’), recomendando a aplicação do ‘princípio da razoabilidade’. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos. As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são: 1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. [...]”

⁵ “[...] cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, os cartéis, particularmente, os cartéis clássicos são, sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são conseqüentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão.” Voto do Relator Luiz Carlos Delorme Prado no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 9.

inicialmente utilizou-se a tese de que as restrições verticais se constituíram, praticamente, um ilícito *per se*. Azevedo (2010, p. 4) assevera que:

Em um primeiro momento, predominava a tese de que o controle vertical servia como meio de alavancagem de poder de mercado, pré-existente em uma das etapas da produção, para a etapa sobre a qual se exercia o controle vertical. Seria o caso de uma empresa com posição dominante em um mercado (e.g. Microsoft na produção de sistema operacional) fazer uso de restrições verticais (e.g. contratos de exclusividade) com distribuidores, que atuavam em um mercado potencialmente competitivo. Segundo a tese de alavancagem, essa restrição vertical constituiria um ilícito antitruste porque a Microsoft poderia utilizar a sua posição dominante para afetar a concorrência entre distribuidores (ou de navegadores de internet) e criar uma nova posição dominante em um mercado que era anteriormente competitivo.

De encontro a essa posição, surgiram os autores ligados à Escola de Chicago, eles entendiam que o tratamento hostil dado às restrições verticais era equivocado e que elas eram tão benéficas, justificando-se por conta das eficiências trazidas, que os tribunais deveriam considerá-las lícitas *per se*, devendo focar, a autoridade antitruste, os cartéis e as operações de concentração horizontal que reduzissem significativamente o número de agentes em determinado mercado. Conforme BORK (1993, p. 297): "...all vertical restraints are beneficial to consumers and should for that reason be completely lawful⁶".

Em continuidade, contemporaneamente, a teoria pós-Chicago, conhecida como a teoria do aumento dos custos dos rivais sugere que, em certas situações, acordos de exclusividade, venda casada e outras restrições verticais podem ser empregados pelo agente dominante para aumentar ou preservar sua posição de mercado de forma ineficiente.

Assim, os teóricos pós-Chicago têm uma linha de pensamento na qual a intervenção do estado, com base no direito concorrencial, ocorre de forma mais presente do que o modelo de Chicago⁷.

⁶ todas as restrições verticais são benéficas para os consumidores e devem, por esse motivo, ser completamente legais (Tradução de Vitor C. Pelanda).

⁷ "Although couched in terms of economics, much of the debate between 'Chicago' and 'post-Chicago' reflects differing levels of faith in the self-correcting ability of markets, on the one hand, and in the ability of government intervention to improve matters, on the Other" (Embora formulado em termos económicos, grande parte do debate entre "Chicago" e "pós-Chicago" reflete diferentes níveis de fé na capacidade de autocorreção dos mercados, por um lado, e na capacidade da intervenção governamental para melhorar a situação. , no outro) (GELLHORN, KOVACIC, CALKINS, 2004, p. 106).

Finalmente, a teoria dos custos de transação também contribui para o debate, ela está ligada a ideia de que restrições verticais são formas de reduzir ou economizar custos de transação.

Dessa forma, com o surgimento das teorias pós-Chicago, como a teoria do aumento dos custos dos rivais, bem como a dos custos de transação, entende-se que as restrições verticais devem ser analisadas pela regra da razão para. Daí, analisar a potencialidade da conduta.

No contexto da União Europeia, uma solução semelhante foi alcançada em 20 de abril de 2010, quando o Regulamento n.º 330/2010 foi promulgado. Este regulamento delinea as condições necessárias para tornar lícitas as restrições verticais.

3 RELAÇÕES VERTICAIS DE EXCLUSIVIDADE.

Antes de ser analisada a jurisprudência do Cade acerca de condutas de exclusividade, é necessário entendermos a definição e extensão da conduta, bem como sobre os elementos necessários para analisarmos potencial ilegalidade, ou os parâmetros para tal.

3.1 DEFINIÇÃO E EXTENSÃO DA CONDUTA DE EXCLUSIVIDADE.

Os acordos de exclusividade ocorrem quando os compradores de determinado bem, insumo ou serviço se comprometem a fazê-lo apenas perante um fornecedor, ou vice-versa, estando impossibilitados de comerciar com rivais (CADE, 1999). Acordos de exclusividade são amplamente utilizados pelos mais diversos agentes econômicos.

O professor Herbert Hovenkamp, precisamente, conceitua a conduta:

Exclusive dealing occurs when a manufacturer insists that a dealer sell that manufacturer's brand of a product exclusively. For example, a Carvel ice cream franchise is very likely prohibited from selling a competitor's ice cream, or a General Motors car dealership may be forbidden to sell non-GM automobiles⁸ (HOVENKAMP, 2007, p. 183). Exclusivity, however, is not always a bad thing. It may be necessary to create competitive incentives or assure quality control. As a result antitrust condones many "ancillary" concerted refusals⁹ (HOVENKAMP, 2008, p. 143).

Segundo Paulo Casagrande e Caio Mario da Silva Pereira Neto (2016, p.143), os acordos de exclusividade são anticompetitivos quando fechem mercados para

⁸ Acordo exclusivo ocorre quando um fabricante insiste que um revendedor venda exclusivamente a marca de um produto desse fabricante. Por exemplo, uma franquia de sorvetes Carvel provavelmente está proibida de vender sorvete de um concorrente, ou uma concessionária de automóveis General Motors pode ser proibida de vender automóveis que não sejam da GM (Tradução de Vitor C. Pelanda).

⁹ A exclusividade, porém, nem sempre é uma coisa ruim. Poderá ser necessário criar incentivos competitivos ou assegurar o controle de qualidade. Como resultado, o antitruste tolera muitas recusas concertadas "auxiliares" (Tradução de Vitor C. Pelanda).

concorrentes de modo a distorcer a competição no mercado relevante. Os autores ainda discorrem sobre a pormenorização dos efeitos da exclusividade:

Quando a exclusividade diz respeito ao fornecimento de um insumo, os concorrentes podem ter o seu acesso a este insumo reduzido, afetando negativamente sua escala ou seu custo de produção. Quando a prática afeta canais de distribuição, competidores podem ter mais dificuldade de colocar seus produtos no mercado. Em ambos os casos, a prática pode proteger ou reforçar o poder de mercado da firma dominante, impedindo novas entradas, excluindo rivais do mercado e/ou tornando-os menos efetivo.

As relações de exclusividade podem ser constituídas de duas formas: (a) exclusividade de direito, presente em alguma cláusula contratual, normalmente, e mais dependente de uma análise das circunstâncias específicas e da possibilidade de uma empresa igualmente eficiente duplicá-la; e (b) exclusividade de fato, baseada em descontos. Conquanto, independentemente da forma de constituição da exclusividade, a principal preocupação da exclusividade é o fechamento de mercado (KHARMANDAYAN, NICOLINI DE MORAIS, 2023, p. 118). Nesse sentido:

a exclusividade que vincula o fornecimento de um insumo pode comprometer o acesso de concorrentes ao mesmo, ao passo que a vinculação de canais de distribuição a um único fornecedor pode implicar na perda de um importante canal de escoamento de produção para os concorrentes (KHARMANDAYAN, NICOLINI DE MORAIS, 2023, p. 118).

Para Calixto Salomão Filho, a exclusividade possui íntima relação com a eficiência, ele acredita que o fenômeno da exclusividade pode ser utilizado para eliminar incertezas ao empresário, ou seja, trazer segurança jurídica e econômica as partes, e evitar o *free Riding*, vejamos:

“A exclusividade assume papel de destaque nesse mundo dominado pela eficiência. Incluída em um contrato de fornecimento e distribuição, ela é capaz de eliminar muitas das fontes de incerteza do empresário, possibilitando a diminuição dos custos de transação. Permite, portanto, que as transações continuem a se realizar no mercado, dando, ao mesmo tempo, segurança jurídica e econômica às partes contratantes.

Isso é feito, basicamente, através da eliminação de uma das principais fontes de insegurança nas relações contratuais: o *free-riding*. Como sabido, o *free-rider* (“carona”) é o agente econômico que se aproveita de externalidades positivas de determinadas ações de terceiros, que deseja seus benefícios mas não está disposto a participar em seus custos. Como tal, falseia as condições de concorrência (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 436).

O professor Calixto Salomão ainda disserta sobre os princípios teóricos que informam os efeitos concorrenciais das cláusulas de exclusividade:

O efeito mais óbvio é a potencial dominação do mercado. Essa pode ocorrer de duas formas diversas. Em ambas as hipóteses, o resultado, além de anticoncorrencial, e exatamente por causa disso, é contrário à eficiência econômica (Salomão Filho, 2021, p. 438).

[...]

Conseqüentemente, além do aumento da participação no mercado e potencial dominação por parte do agente que é beneficiado pela cláusula de exclusividade, cria-se, ainda, uma ineficiência econômica (dead weight loss) oriunda do decréscimo de produção e aumento de preço decorrentes da exclusividade (Salomão Filho, 2021, p. 439).

Quanto as justificativas e eficiências trazidas pelas cláusulas de exclusividade, podemos listar a redução dos custos de transação, a utilização como alternativa a integração vertical, a prevenção de comportamentos oportunistas, para a proteção de investimentos, confidencialidade, garantia de qualidade, efeito na escolha do consumidor, redução de incertezas relacionadas ao fornecimento/compra em contratos de longa duração, redução dos custos da variedade, facilitação do estabelecimento de uma nova marca, já os efeitos negativos podem ser colocados como o aumento do poder de mercado, o efeito na escolha do consumidor e a facilitação para implementação de condutas colusivas (HOERTAL, 2008, p. 40-51).

Imagine, por exemplo, que um distribuidor realize investimentos em treinamento de pessoal para melhor manejo de seu produto. Caso não haja exclusividade, outros fornecedores podem capturar parte dos ganhos e reduzir incentivos para o investimento (KHARMANDAYAN, NICOLINI DE MORAIS, 2023, p. 120). Nesse caso, estamos diante de uma proteção aos chamados “free riders”.

Outro exemplo, imagine que, para facilitar a distribuição do seu produto, determinado fornecedor entregue em comodato equipamentos e máquinas para serem usadas, se não houvesse exclusividade outros competidores poderiam ter comportamentos oportunistas para se valer desses equipamentos.

Agora, imagine que determinada siderúrgica produza escória durante os processos produtivos e, caso não consiga dar vazão ao seu estoque de escória, deve seguir uma série de normas ambientais e incorrer em custos para seu manuseio, estoque ou descarte, e, por conta disso, fecha um contrato de exclusividade com uma cimenteira, que agora tem insumo garantido de um número limitado de fornecedores, houve racionalidade neste comportamento, por diminuir os custos de transação, ainda mais que a lógica comercial do mercado de escória realmente prioriza contratos de

longo prazo com certo grau de exclusividade (KHARMANDAYAN, NICOLINI DE MORAIS, 2023, p. 120-121).

Logo, busca-se, em uma análise concorrencial, entender se determinada conduta de exclusividade apresenta justificativas racionais ou apenas tem como finalidade (intencional ou não) de restrição de concorrentes ao mercado relevante.

3.2 PARÂMETROS PARA CONSTATAÇÃO DE UMA CONDUTA ANTICOMPETITIVA.

Houve, na doutrina, uma enorme discussão quanto aos parâmetros para aferir a anticompetitividade de determinada conduta.

O sacrifício do lucro imediato é um critério para determinar se uma conduta de um agente dominante é ilícita ou não, mas, segundo Hovenkamp (2008, p. 152), nem todas as condutas anticompetitivas exigem o sacrifício de lucro imediato e nem todo sacrifício de lucro imediato por um agente dominante se dá para a realização de uma conduta anticompetitiva.

Outra proposta de conceituação é a de que as condutas que aumentam os custos ou prejuízo as eficiências dos rivais são anticompetitivas, por mais que ajudem, estas afirmações são incompletas, pois há práticas que podem aumentar os custos de rivais ou diminuir suas eficiências que seja pró-competitiva, ou ser anticompetitiva sem que haja nenhum desses dois elementos, por exemplo, uma campanha de preços predatórios realizada por determinado agente econômico pode impactar a receita de um rival, mas sem aumentar seus custos ou reduzir suas eficiências, e ainda ser anticompetitiva (HOVENKAMP, 2008, p. 153).

Melhor conceituação é aquela proposto por Richard Posner (2001, p. 196-197 apud HOVENKAMP, 2008, p.153), na qual “likely in the circumstances to exclude from the defendant’s market an equally or more efficient competitor¹⁰”. No entanto, para o

¹⁰ probabilidade, nas circunstâncias, de excluir do mercado do réu um concorrente igualmente ou mais eficiente (Tradução de Vitor C. Pelanda).

professor Herbert Hovenkamp (2008, p. 153), tal conceituação, por mais que funcione bem na maior parte dos casos, não é perfeita, pois tal definição não considera que agentes econômicos podem ter vantagens competitivas oriundas de economias de escala, excluindo rivais igualmente eficientes sem que, necessariamente, sua conduta fosse anticompetitiva.

A definição a qual se filia o professor Herbert Hovenkamp (2008, p. 153), entende que, para aferir a anticompetitividade de práticas unilaterais, leva-se em consideração, simultaneamente, a capacidade da conduta de alargar o poder de mercado do agente por meio da imposição de limitações à atuação de concorrentes e os benefícios gerados para o consumidor final.

Conquanto muito importantes as definições acima para definir a ilicitude da conduta, a metodologia de análise das condutas anticompetitivas, utilizando a regra da razão, como as cláusulas de exclusividade, por exemplo, deve propedeuticamente, definir o mercado relevante na qual o agente econômico que realizou a conduta está inserido, bem como o tamanho da participação deste agente no mercado, após, verificar às barreiras a entrada e o grau de fechamento do mercado, e, finalmente, pela análise dos efeitos da prática, sendo esta uma espécie de utilização da proporcionalidade em sentido estrito para mensuração dos prejuízos concorrenciais em contraposição às eficiências trazidas.

Vale dizer, se a autoridade concorrencial não entender que o agente econômico detém posição dominante, ou se o mercado possui baixas barreiras a entradas, ou, ainda, que a conduta apresenta eficiências em nível superior aos prejuízos, os autos são arquivados, pois insuficientes os requisitos para condenação pela conduta praticada. Assim, para a condenação do agente econômico, precisam estar presentes todos os requisitos.

Nesse sentido, quanto a necessidade de existência de poder de mercado, no inquérito, no Inquérito Administrativo nº 08700.000800/2016-11 (BRASIL, 2016 apud KHARMANDAYAN, NICOLINI DE MORAIS, 2023, p. 122), A superintendência, em sua nota técnica, constatou que:

“Caso se trate de empresa dominante, com produtos altamente desejados, seu poder de barganha perante os distribuidores é mais elevado, potencializando os efeitos e a abrangência da exclusividade.

Por outro lado, fornecedores menores não são capazes de influenciar e fechar parte significativa do mercado distribuidor a seus concorrentes, minimizando os efeitos da prática. Portanto, o exame de legalidade de tais relações de exclusividade depende, sobremaneira, do poder de mercado do fornecedor”.

Quanto ao fechamento de mercado, no Procedimento Administrativo nº 08012.007423/2006-27 (BRASIL, 2006 apud KHARMANDAYAN, NICOLINI DE MORAIS, 2023, p. 122) a Superintendência se manifestou pelo arquivamento pelo fato de que não haveria possibilidade de fechamento do mercado relevante em virtude ad baixa representatividade dos contratos de fornecimento em relação à quantidade total de pontos de venda (PDVs) que comercializavam produtos da representada e principalmente em relação à quantidade total de PDVs que comercializavam ou poderiam vir a comercializar os produtos atingidos pela exclusividade.

Para analisar se determinada conduta de exclusividade possui caráter anticompetitivo ou não, são utilizados diversos testes econômicos, como, a título de exemplo, o teste do monopolista hipotético.

Passa-se, então, a análise pormenorizada de cada um dos requisitos para condenação de uma conduta unilateral.

3.2.1 Presença de posição dominante.

A determinação da posição dominante é um fator crucial na identificação de transgressões unilaterais às leis antitruste. A constatação da supremacia dos agentes de mercado pode ser realizada através (i) de critérios objetivos, como a participação de mercado do agente; ou (ii) de critérios subjetivos, como a habilidade do agente de alterar de forma unilateral ou coordenada as condições desse mercado.

O artigo 36, §2º, da Lei de Defesa da Concorrência Brasileira estipula que a posição dominante de um agente de mercado será presumida quando ele possuir uma parcela igual ou superior a 20% (sendo este percentual sujeito a flexibilização pelo Cade em situações específicas) ou quando tiver a capacidade de modificar, de maneira unilateral ou coordenada, as condições desse mercado.

Para Vinhas et al (2018), “Sobre o exercício abusivo de posição dominante, por sua vez, pode-se considerar que este se dá quando ultrapassa o limite da finalidade econômica e social do direito, como previsto no art. 187 do Código Civil”.

Segundo Chinaglia (2012, p. 31), o art. 36 foi alterado ligeiramente quanto à definição de posição dominante, em comparação com o art. Anterior (art. 20 da lei nº 8.884), especificamente quanto a definição do agente no mercado, na medida em que não há mais uma preocupação quanto ao agente no mercado (fornecedor, corretor ou agente, adquirente ou financiador), e sim a capacidade de uma empresa em controlar as condições do mercado, ou deterem uma quota superior a 20% do mercado.

Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 136) definem um agente com poder de mercado como aquele que “consegue agir com certa indiferença a seus concorrentes, cobrando preços acima dos níveis que seriam praticados num mercado competitivo. Paula Forgioni (2010, p. 257), entende que “o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores”.

É relevante observar que a escolha por um critério objetivo, como a participação de mercado, para determinar a posição dominante de um agente está associada ao fato de que empresas de pequeno porte geralmente não possuem a capacidade unilateral de influenciar significativamente o cenário competitivo (NETO, CASAGRANDE, 2016, p. 137). Ou seja, ainda que um player pequeno tome medidas que podem proporcionar o fechamento do mercado para rivais, é improvável que consiga causar um impacto no mercado em que este participa, por conta de seu tamanho.

Deste modo, a análise do risco de caracterização de atividade ilícita concorrencial deve ser conduzida com base nos parâmetros estabelecidos para práticas anticompetitivas em geral. Esses parâmetros são delineados nos critérios presentes nos guias práticos anexos à Resolução Cade nº 20, de 9 de junho de 1999, e compreendem três etapas principais: (i) Verificação da posição dominante da empresa investigada no mercado relevante; (ii) Avaliação dos efeitos negativos à concorrência, reais ou potenciais, decorrentes da conduta; (iii) Ponderação entre os

efeitos negativos e as justificativas econômicas (eficiências), com o objetivo de obter os efeitos líquidos da conduta (AZEVEDO, 2013).

Em conseqüente, Botelho e Santos (2015, p. 330) entendem que a segunda etapa é um requisito indispensável para a constatação de uma violação do artigo 36, é apropriado afirmar que o CADE não aceita uma abordagem "baseada na forma" para conduta unilateral:

Consequently, as the second step is a necessary requirement for finding a violation of Article 36, it is correct to state that CADE does not admit a 'form-based' approach to unilateral conduct. Although the general wording of Article 36 does not exclude, in principle, a formal approach to certain anticompetitive practices, CADE has consistently reaffirmed that the analysis of unilateral conducts always requires examination of actual or potential negative effects to competition deriving from the investigated conduct. In addition, given that the first and third steps are likewise necessary requisites for finding a violation of Article 36, thus CADE does not admit also 'per se' illegalities in the application of unilateral conduct rules. Indeed, CADE has consistently acknowledged that 'per se' analysis of unilateral conduct is incompatible with the Brazilian Antitrust Law¹¹.

Por fim, importante consignar que não basta o agente econômico obter posição dominante, precisa-se constatar o abuso desta para incorrer em pena, se não houver abuso, deve ser arquivado o processo.

3.2.2 Fechamento do mercado.

Quanto ao fechamento do mercado, também conhecido como barreiras à entrada, é necessária uma análise multifatorial que se inicia com o índice de fechamento do mercado, que se dá pela comparação entre volume de vendas ou/e número de agentes econômicos atingidos e o total vendas/agentes existente no

¹¹ "Conseqüentemente, como a segunda etapa é um requisito necessário para constatar uma violação do artigo 36, é correto afirmar que o CADE não admite uma abordagem "baseada na forma" para conduta unilateral. Embora a redação geral do Artigo 36 não exclua, em princípio, uma abordagem formal para certas práticas anticoncorrenciais,¹⁵ o CADE tem reafirmado consistentemente que a análise de condutas unilaterais sempre requer o exame dos efeitos negativos reais ou potenciais para a concorrência decorrentes da conduta investigada. ¹⁶ Além disso, dado que a primeira e a terceira etapas são igualmente requisitos necessários para constatar uma violação do artigo 36, o CADE também não admite ilegalidades "per se" na aplicação de regras de conduta unilaterais. Na verdade, o CADE tem reconhecido consistentemente que a análise "per se" da conduta unilateral é incompatível com a Lei Antitruste brasileira." (Tradução de Vitor C. Pelanda)

mercado sob análise. No Brasil, ainda não existe uma jurisprudência pacificada quanto aos valores necessários para constatação de uma conduta anticompetitiva, mas, recentemente, em alguns julgados, o CADE entendeu que não são anticompetitivas condutas de exclusividade inferiores a i) 8% do total dos restaurantes atendidos pela empresa no Brasil e nas diferentes regiões brasileiras; e (ii) 10% do volume total do mercado atendido pela empresa no Brasil e nas diferentes regiões (KHARMANDAYAN, NICOLINI DE MORAIS, 2023, p. 125).

Para Paulo Casagrande e Caio Mário da Silva Pereira Neto (2016, p. 141), esta análise deve focar nos efeitos de fechamento do mercado, o “market foreclosure”, e, caso seja verificado um índice de fechamento de mercado minimamente expressivo, os competidores ainda terão alternativas de contratação no mercado, logo, a restrição vertical não produzirá efeitos negativos. Nesse sentido:

Se a análise determinar que o nível de fechamento de mercado é suficientemente baixo para não gerar distorções à competição, ou que as características da relação de exclusividade (e.g., prazo curto, inexistência de obrigação de renovação) levam a razoável flexibilidade de acesso dos rivais ao segmento de mercado vinculado à exclusividade, a investigação pode ser encerrada sem condenação (2016, p.145).

Mendes (2012) ainda assevera “Condutas de fechamento de mercado por meio de contratos de exclusividade tendem a ser de difícil identificação dentre as inúmeras relações contratuais com fins legítimos existentes na economia”.

O professor Herbert Hovenkamp (2008, p. 102) assevera que a definição de barreiras a entrada é muito difícil, trazendo duas definições, a do professor de Harvard, Joe S. Bain (1956 apud HOVENKAMP, 2008, p. 102) como um fator de mercado que permite vendedores a “persistently raise their prices above a competitive level without attracting new firms to enter the industry¹²”, e a do professor da Universidade de Chicago, George J. Stigler (1968 apud HOVENKAMP, 2008, p. 103) como “a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry¹³”.

¹² “aumentam persistentemente seus preços acima de um nível competitivo nível sem atrair novas empresas para entrar na indústria” (Tradução de Vitor C. Pelanda).

¹³ “um custo de produção (em alguma ou toda taxa de produção) que deve ser suportado por uma empresa que pretende entrar numa indústria, mas não é suportado por empresas que já estão na indústria” (Tradução de Vitor C. Pelanda).

A diferença entre as duas definições está baseada no risco, uma empresa que já produz com sucesso num mercado superou o risco de entrada, enquanto um potencial entrante não o fez. Ainda assim, muito embora riscos significativos possam dissuadir novas entradas, o Chicago A escola não consideraria isso uma barreira, a menos que o risco enfrentado por um novo participante fosse maior do que aquele enfrentado pelas empresas estabelecidas na época que eles entraram (HOVENKAMP, 2009, p. 103).

3.2.3 Efeitos potenciais e efetivos da Conduta Unilateral.

Conforme afirmado no tópico 1, a análise dos efeitos anticompetitivos se baseia numa utilização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito para mensuração dos prejuízos concorrenciais em contraposição às eficiências trazidas. Isso quer dizer que, constatado que há posição dominante e alto índice de fechamento de mercado, passa-se a analisar se há alguma justificativa econômica para tal conduta e, se essa conduta traz eficiências econômicas aptas a, diante de uma análise de prejuízos e benefícios.

Nesse sentido, Herbert Hovenkamp (2008, p. 175) afirma que, para que haja a constatação de ilicitude por meio de uma conduta unilateral, é necessário que ela (a) crie, eleve ou prolongue o poder de mercado do agente (ou tenha potencial substancial para fazê-lo) e (b) cause dano a pelo menos um grupo integrante do mercado em que se insere sem justificativas plausíveis para tanto. O professor também assevera que O item (b) pode ser reinterpretado como a análise da capacidade da prática de causar danos sem gerar benefícios proporcionais que justifiquem tais danos.

Assim, pode-se verificar que, para constatação de ilicitude na conduta, é necessário que haja uma análise dos efeitos prós e contras da relação, tarefa árdua e que, atualmente, se mostra o maior desafio da autoridade antitruste nesse quesito.

Segundo Geradin e Pereira neto (2013, p. 35) o CADE não possui um método claro para avaliar os efeitos líquidos de uma determinada conduta, e isso se dá por conta dos padrões gerais estabelecidos pela jurisprudência e a natureza qualitativa

de equilibrar os custos e benefícios das restrições. Os autores ainda complementam que mesmo nos casos mais complexos, o equilíbrio entre os efeitos negativos e os benefícios potenciais da negociação exclusiva foi realizado com base em argumentos qualitativos, com poucos esforços para confiar em uma análise mais detalhada análise quantitativa (GERADIN, PEREIRA NETO, 2013, p. 34).

Kharmandayan e Nicolini de Moraes (2023, p. 131) também asseveram que devem ser diferenciadas, nessa etapa, as cláusulas principais (naked) e acessórias (ancillary), enquanto essas contribuem para a eficiência do acordo e são necessárias para garantir ao contratante o fiel aproveitamento do pactuado, sendo objetos de uma análise de efeitos mais elaboradas, aquelas são analisadas com um viés mais negativo.

Ademais, para Paulo Casagrande e Caio Mario da Silva Pereira Neto (2016, p. 141) a análise de condutas verticais deve se basear em quatro princípios fundamentais, quais sejam:

i) As restrições verticais não devem ser avaliadas por meio de regras per se ou pelo simples objeto da conduta: como esse tipo de restrição produz efeitos ambíguos sobre bem-estar, é fundamental que a análise permita uma ponderação de aspectos positivos e negativos da conduta. A depender das circunstâncias concretas e do mercado afetado, uma mesma prática vertical (e.g., exclusividade ou venda casada) de ser considerada lícita ou ilícita.

ii) A análise deve focar nos efeitos de fechamento de mercado: o núcleo da análise deve ser uma avaliação da magnitude do fechamento de mercado (market foreclosure). Na ausência de fechamento de mercado minimamente expressivo, restrições verticais tendem a não produzir efeitos negativos, na medida em que consumidores e fornecedores continuarão possuindo alternativas de contratação o mercado.

iii) A análise deve utilizar o padrão do competidor "igualmente eficiente": ao avaliar os efeitos de práticas verticais sobre a competição, a preocupação deve ser com competidores igualmente eficientes às firmas investigadas e não com a proteção de competidores menos eficientes". Apenas quando se constatar que competidores igualmente eficientes são incapazes de competir com a firma dominante é que os feitos da prática devem ser considerados negativos.

iv) O dano ao consumidor deve ser demonstrado na medida em que os efeitos anticompetitivos das restrições em questão não forem objetivamente justificados ou compensados por eficiências: o dano ao bem-estar do consumidor deve ser o parâmetro fundamental de avaliação de efeitos negativos da conduta. Apenas quando o consumidor é lesado pode-se cogitar da ilicitude da conduta. Essa avaliação de impacto sobre o bem-estar do consumidor somente pode ser feita de forma adequada considerando também os potenciais efeitos positivos sobre o bem-estar. Assim, por exemplo, uma prática de venda casada pode restringir a escolha do consumidor, mas pode

também gerar eficiências na medida em que garanta a qualidade na integração dos produtos adquiridos ou reduza substancialmente os custos de transação.

Salomão filho (2021, p. 436) complementa que “toda e qualquer forma de integração vertical que permita uma estruturação eficiente dos negócios do empresário, sem que haja concentração, parece merecer incentivo”, e complementa: “Assim, a eficiência é protegida pela exclusividade, “com uma pequena concessão à concorrência”.

4 JULGADOS RECENTES DO CADE.

4.1 CASO IFOOD – IA Nº 08700.004588/2020-47.

O processo começou com uma representação, com pedido de medida preventiva, da plataforma Rappi, alegando, em síntese, infrações à ordem econômica do mercado online de comida, com as infrações evidenciadas no artigo 36, caput, I e §3, III, IV e V da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). De acordo com a representante, a plataforma Ifood utilizaria sua posição dominante no mercado de pedidos online de comida para celebrar contratos de exclusividade com restaurantes parceiros.

Ato contínuo, a plataforma Ifood alegou que a representante estava utilizando o tribunal para fins privados, bem como não estavam presentes os requisitos para concessão da medida preventiva. Além disso, afirmou que o mercado de pedidos online de comida é dinâmico e as cláusulas de exclusividade foram utilizadas para evitar o efeito carona por parte dos concorrentes, conquanto a plataforma havia realizado diversos investimentos nos restaurantes parceiros.

Logo em seguida, sobreveio a decisão do pedido de medida preventiva, julgado procedente pela Superintendência Geral, para:

- (i) Em relação aos restaurantes que já componham o seu marketplace sem cláusula de exclusividade, determina-se que a Representada se abstenha de celebrar novos contratos que contemplem cláusula de exclusividade, até a decisão final sobre a ilicitude ou não da conduta por parte do Cade;
- (ii) Em relação aos restaurantes que já componham o seu marketplace com cláusula de exclusividade, resguarda-se à Representada a possibilidade de manter os contratos como estão e, ao término de suas vigências, renová-los com cláusula de exclusividade, caso seja do interesse de ambas as partes, mas com renovações limitadas ao escopo temporal de 1 (um) ano de duração, sem limite de renovações por igual período de tempo, até a decisão final sobre a ilicitude ou não da conduta por parte do Cade;
- (iii) Em relação aos restaurantes que não componham o seu marketplace, a iFood somente poderá celebrar contratos sem cláusula de exclusividade até a decisão final sobre a ilicitude ou não da conduta por parte do Cade;
- (iv) Em relação aos restaurantes que já componham o seu marketplace com cláusula de exclusividade, mas que haja renovação, durante a vigência dessa medida, em que se pactue novo contrato, sem

exclusividade, não poderá ser repactuada a exclusividade em renovações subsequentes. (BRASIL, 2023)

Conforme a conclusão da Nota Técnica nº 4/2021/CGA1/SG/CADE, no Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47, determinou-se a necessidade urgente de intervenção da autoridade antitruste para prevenir danos irreparáveis ou de difícil reparação à livre concorrência. Foi, portanto, concedida uma medida preventiva, impondo-se uma multa rigorosa de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, até a decisão final do processo administrativo.

Na análise da superintendência, foi verificado que o Ifood desfruta da “vantagem do pioneiro”, já que foi a primeira empresa a explorar, no Brasil, o mercado de serviço de entrega/pedido de comidas em restaurantes como uma plataforma online, obtendo posição dominante.

Para ela, as cláusulas de exclusividade do contrato “aumentam os custos de um restaurante que eventualmente queira deixar de ser exclusivo, de forma que as plataformas concorrentes teriam que fazer uma proposta atrativa o suficiente para ser capaz de compensar as perdas advindas da quebra do contrato de exclusividade mantido com o iFood”.

Consecutivamente, já em 2022, foi proposto o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) entre a plataforma e a autoridade antitruste. O TCC: (i) proíbe compromissos de exclusividade, de fato ou de direito, com marcas que possuam trinta restaurantes ou mais. (ii) Limita a 25% o valor bruto de pedidos (“GMV”) gerados por restaurantes com compromissos de exclusividade e, (iii) Limita o número de restaurantes exclusivos a 8% da base de estabelecimentos locais ativos na plataforma, em cada município com mais de quinhentos mil habitantes.

Outrossim, o Ifood só poderia firmar novos contratos de exclusividade se cumpridas dois tipos de contrapartidas do iFood aos restaurantes: (i) O fornecimento de serviços de consultoria visando aprimoramento dos produtos e serviços oferecidos pelo restaurante. Nesse caso, a prática exclusiva está limitada a dois anos de duração, com quarentena de um ano; e (ii) A realização de investimentos financeiros no restaurante, com contrapartida de aumento de vendas acima da média de crescimento

do mercado de entrega de comida no ano anterior. Apenas 50% dos compromissos de exclusividade podem ter esse formato.

4.2 CASO GYPASS – RV N° 08700.007228/2021-88.

O caso Gympass se assemelha principalmente ao caso iFood devido às cláusulas de exclusividade em plataformas digitais. Em 2020, a TotalPass, concorrente da Gympass, apresentou uma representação à Superintendência Geral do CADE contra a Gympass, alegando que esta impunha cláusulas de exclusividade e outras práticas restritivas, resultando no fechamento de mercado para plataformas agregadoras de academias. A representação foi baseada nos artigos 36, 1º e §3º, III, IV, V e IX, da Lei 12.529/2011.

O funcionamento da plataforma Gympass é similar ao do iFood. A Gympass é uma plataforma de dois lados que oferece às empresas e seus funcionários acesso a diversas academias de ginástica em inúmeras localidades. A Gympass implementou cláusulas de exclusividade em todos os seus contratos como uma cláusula de adesão, com duração indeterminada, além de cláusulas MFN (most favoured nation) e de quarentena. Segundo os autos, a Gympass firmou aproximadamente 80-90% dos contratos das academias no Brasil.

A representação deu origem ao Procedimento Preparatório 08700.004136/2020-65 e, após, a TotalPass interpôs um Recurso Voluntário, sob o número 08700.005875/2021-55.

O relator, Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann entendeu estarem preenchidos os requisitos para imposição da medida preventiva, para:

- a) Pela concessão de medida preventiva nos termos do Anexo do Voto, que em síntese:
 - (i) mantém a obrigação de não celebração de novos contratos com exclusividade, conforme decisão exarada pela SG;
 - (ii) estabelece uma obrigação de limitação da exclusividade dos contratos existentes a até 20% da base total de academias parceiras do Gympass por (a) município ou (b) zonas de municípios (neste caso, especificamente Belo Horizonte/MG, Brasília/DF, Campinas/SP, Curitiba/PR, Rio de Janeiro/RJ e São Paulo/SP), isentando do referido

limite de 20% os contratos existentes onde existam obrigações de garantia de volume mínimo e antecipação de repasses;

(iii) mantém sem efeito eventuais cláusulas de nação mais favorecida e multas correspondentes, conforme decisão anteriormente exarada pela SG;

(iv) mantém sem efeito eventuais cláusulas de quarentena e multas correspondentes, conforme decisão anteriormente exarada pela SG;

(v) estabelece uma obrigação de comunicação às academias no prazo de 60 (sessenta) dias, prazo este também para que se torne eficaz a nova obrigação que impõe limitação de 20% da exclusividade já existente;

(vi) estabelece uma obrigação de apresentação de relatórios trimestrais; e

b) Pelo estabelecimento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) reais por dia de descumprimento da decisão. (BRASIL, 2022).

Não houve julgamento do procedimento administrativo porque a Gympass celebrou Termo de Cessação de Conduta no qual comprometeu-se a pactuar exclusividade apenas se houver eficiências econômicas e, no máximo, com 20% da base de academias em municípios ou zonas de municípios. O TCC também proibiu as cláusulas de favorecimento e de quarentena.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De acordo com o texto, é possível verificar que foi realizado uma construção dedutiva para, precipuamente, entender o que seriam considerados ilícitos numa perspectiva antitruste, que se diferenciam, polemicamente, de outro tipo de direito administrativo sancionador, por conta da redação do art. 36 da lei nº 12.529.

As condutas unilaterais ilícitas na legislação antitruste brasileira são reguladas pela Lei nº 12.529/2011, que estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Esse sistema, formado pelo CADE e a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico, tem como função prevenir e reprimir práticas anticompetitivas. As condutas ilícitas podem ser horizontais, entre concorrentes do mesmo mercado, ou verticais, entre empresas de diferentes níveis da cadeia produtiva. A lei adota uma abordagem flexível, permitindo que a autoridade concorrencial avalie caso a caso a ilicitude das práticas, sem necessidade de prova de culpa ou dolo. A legislação se concentra nos efeitos das condutas sobre a concorrência, buscando um equilíbrio que promova a competitividade e minimize os impactos negativos sobre o mercado.

Nesse diapasão, as formas de análise das condutas variam de acordo com a conduta. Muito embora isso variou com o tempo, a jurisprudência mundial, hodiernamente, é uníssona para o fato de que as restrições verticais, entre elas, as cláusulas de exclusividade, devem seguir a regra da razão.

Os acordos de exclusividade, definidos como compromissos entre compradores e fornecedores para negociar exclusivamente entre si, podem ter impactos variados no mercado. Muito embora a exclusividade possa promover incentivos competitivos e controle de qualidade, também pode excluir rivais e distorcer a competição. Paulo Casagrande e Caio Mario da Silva Pereira Neto (2016, p. 143) ressaltam que esses acordos são anticompetitivos se fecharem mercados e prejudicarem a concorrência. Eles podem afetar tanto o acesso a insumos quanto os canais de distribuição, potencialmente reforçando o poder de mercado da empresa dominante e excluindo concorrentes.

A exclusividade pode ser formal, baseada em cláusulas contratuais, ou de fato, baseada em práticas como descontos. A principal preocupação é o fechamento de

mercado, que pode comprometer o acesso dos concorrentes a insumos ou canais de distribuição. Nesse sentido: exclusividade pode aumentar a eficiência ao proporcionar segurança jurídica e econômica, reduzindo custos de transação e evitando comportamentos oportunistas como o "free riding". Contudo, a exclusividade também pode resultar em dominação de mercado e ineficiências econômicas, como a perda de produção e aumento de preços.

Da análise da literatura relevante sobre o tema, concluiu-se que, para que uma conduta unilateral seja considerada lícita e regular, é necessário (a) que ela tenha um propósito legítimo e (b) utilize meios proporcionais para realizar esse propósito. As práticas verticais devem ser justificadas por um objetivo econômico racional, visto que o objetivo principal dessas práticas não é distorcer a concorrência. Portanto, o propósito legítimo deve ser uma premissa da atuação unilateral dos agentes de mercado.

Outrossim, para determinar se um acordo de exclusividade é anticompetitivo, é crucial analisar o poder de mercado do agente, os efeitos de fechamento de mercado e os benefícios gerados para o consumidor. A análise deve considerar a posição dominante da empresa e os efeitos negativos à concorrência, utilizando testes econômicos como o do monopolista hipotético. Se uma empresa não tiver poder de mercado significativo, ou se as barreiras à entrada forem baixas, a exclusividade pode ser considerada legal. É essencial ponderar os efeitos negativos contra as eficiências proporcionadas pela prática para determinar sua legalidade.

REFERÊNCIAS.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6895>. Acesso em: 17 maio 2024.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself**. The Free Press, 1993.

BOTELHO, Ricardo Franco. SANTOS, Aurélio Marchini. **Unilateral Conduct Law and Practice in Brazil. In: Overview of Competition Law in Brazil**. Singular, 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Preparatório nº 08700.004588/2020-47**. Representante: Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. e Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - ABRASEL. Representada: lfood.com Agência de Restaurantes Online S. A. Brasília, 10 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88**. Recorrente: Total Pass Participações Ltda. Interessado: GPBR Participações Ltda. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Brasília, 03 mar. 2022.

BRASIL. Lei Nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011.

CADE. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**, Dispõe, de forma complementen0074ar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020%2C%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em 19 maio 2024

CHINAGLIA, Olavo zago. Chapter 1: Brazil, Part III: Unilateral Conduct. In: RUDOMINO, Vassily et al. **Competition Law in the BRICS Countries**, 2012.

CORRÊA, Mariana Villela. **Exclusividade e direito da concorrência**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Acesso em: 20 maio 2024.

DE ASSIS, Karoline Marchiori; DOS SANTOS, Natália Siqueira Netto; VINHAS, Tiago Cação. **Venda casada: prática anticoncorrencial no sistema de financiamento habitacional do programa minha casa minha vida**. Revista Âmbito

Jurídico, 1 fev. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/venda-casada-pratica-anticoncorrencial-no-sistema-de-financiamento-habitacional-do-programa-minha-casa-minha-vida/>. Acesso em: 21 maio 2024.

DUTRA, Pedro. **Conversando com o CADE**. São Paulo: Singular, 2009.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**, 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

GELLHORN, E.; KOVACIC, W. E.; CALKINS, S. **Antitrust Law and Economics in a Nutshell**. 5th Edition. Thomson West, 2004.

GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **For a Rigorous ‘Effects-Based’ Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: A Comparison of EU and Brazilian Competition Law**. *Competition Policy International*, [s. l.], v. 9, ed. 3, 5 mar. 2013. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3244420>. Acesso em: 21 maio 2024.

HOERTEL, M. C. **Análise econômica da adoção de acordos de distribuição exclusiva entre fabricantes e revendedores**. III Prêmio SEAE de monografias em defesa da concorrência e regulação econômica. 2008.

HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Harvard University Press. 2008.

KHARMANDAYAN, Luiza; NICOLINI DE MORAIS, João Carlos. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. *Revista do IBRAC*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 116–141, 2023. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/155>. Acesso em: 22 maio. 2024.

MANKIWI, N. G. **Principles of economics**. Cengage Learning, 2014.

LARANJA MUSIELLO, RUBENS; FABRIZ, DAURY CESAR. DEVER FUNDAMENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O AUXÍLIO SOLIDÁRIO EM CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DIANTE DO PARADIGMA DO LUCRO. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 14, n. 26, p. 116–130, 2022. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/253>. Acesso em: 27 maio. 2024.

NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio.; MATOS, Liliane Gonçalves. Os custos do bem-estar

social: como fechar a conta no ordenamento socioeconômico brasileiro?. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 21, n. 1, 2020. DOI: 10.18759/rdgf.v21i1.1675. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1675>. Acesso em: 1 dez. 2023.

SCHUARTZ, Luis F. “**Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes**”. In Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular. 2002.

MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**. 2013. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZENKNER, Marcelo. Função social da empresa e integridade corporativa: sistema regulatório e repercussões de sua inobservância do ponto de vista dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 67–96, 2023. DOI: 10.18759/rdgf.v24i2.2396. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/2396>. Acesso em: 1 dez. 2023.