

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO**  
**IDP**

**RESTRICÇÕES VERTICAIS NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO À LUZ**  
**DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

**ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO**

Brasília-DF

2014

**ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO**

**RESTRIÇÕES VERTICAIS NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO À LUZ  
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Mestrado em Direito Constituição e Sociedade, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre, sob a orientação de Flávia Santinoni Vera.

Brasília-DF

Dezembro/2014

**ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO**

**RESTRICÇÕES VERTICAIS NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO À LUZ  
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e  
aprovado em xxxx, pela banca examinadora  
constituída pelos professores:

---

Flávia Santinoni Vera – orientadora IDP

---

Paulo Gustavo Gonet Branco Professor Doutor IDP

---

Luciano Beneti Timm Professor Doutor UNISINOS

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar presente em todos os momentos da minha vida e por conduzir cada passo que dou. Agradeço também minha esposa Débora pelo apoio, paciência e compreensão nos momentos em que fiquei ausente, dedicado exclusivamente a este trabalho. Agradeço minha mãe Sabá, economista e advogada, cujos passos segui, por nunca ter medido esforços para me propiciar uma educação de qualidade. Agradeço a minha orientadora Flávia Vera e ao professor Luciano Timm que muito me auxiliaram nessa caminhada acadêmica. E, por fim, dedico essa dissertação ao meu pai, José Macedo (*in memoriam*), e aos meus filhos Alexandra e Pedro, razão da minha vida e minha fonte de inspiração.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o papel da análise econômica do direito nas restrições verticais. O texto está dividido em duas partes. Na primeira parte trazemos todos os pressupostos teóricos necessários para o entendimento da matéria, dividindo sua apresentação em dois capítulos. No primeiro capítulo fazemos uma introdução à análise econômica do direito, apresentando seu conceito, sua evolução como área do conhecimento humano capaz de auxiliar os juristas na tomada de decisão, apresentamos seus instrumentos e metodologia utilizados e, por fim, discorremos especificamente acerca de sua importância para direito concorrencial. Já no capítulo dois, ainda da primeira parte, fazemos uma análise sobre o direito antitruste brasileiro, mas antes, contudo, de maneira muito superficial, fazemos um contextualização histórica do direito econômico no mundo. Na segunda parte do trabalho, discutimos pontualmente as restrições verticais no Brasil, trazendo seus conceitos e evolução tanto no Brasil quanto no direito comparado. Analisamos as três principais fontes normativas do direito concorrencial com destaque para a Resolução CADE n. 20/99, cujo objeto é as restrições verticais. No último tópico da segunda parte colacionamos alguns julgados relativos a cada um dos seis principais tipos de restrições verticais: fixação de preço de revenda; acordos de exclusividade; vendas casadas; divisão de mercado (restrições territoriais); recusa de contratar; e discriminação de preço. Ao trazemos para discussão os julgados mais importantes, fazemos uma análise crítica da atuação do órgão antitruste à luz da regra da razão, dos padrões de prova e dos níveis de investigação utilizados.

Palavras-chave: Direito econômico. Concorrencial. Restrições verticais. Análise econômica do direito. Padrões de prova. Nível de investigação. Regra da razão.

## **ABSTRACT**

This paper seeks to discuss the role of economic analysis of law in vertical restraints. The study is divided into two parts. The first part explains all theoretical assumptions necessary for the understanding of this form of competition restriction and is divided into two chapters. The first chapter of the first part introduces the concept and the development of the field of Law and Economics, and shows how this human centered field of knowledge can assist legal professionals in the decision making process. In this chapter, we also present tools and methodology used by Law and Economics, with a special emphasis on its importance to competition law. In the second chapter of part one, the paper analyzes the Brazilian antitrust law and a comprehensive view of the historical background of the economic rights in the world. In the second part, the study discusses concept, development and a comparative legal analysis of vertical restraints in Brazil. Next, the study describes three main regulatory sources of competition law with special emphasis on Resolution n. 20 of 1999 of the Brazilian Competition Law Agency - CADE, that provides for vertical restraints. Furthermore, the last topic of the second part of the paper compiles relevant decisions related to each of the six main types of vertical restraints, namely: resale price maintenance (RPM); exclusivity agreement; tying arrangement; market division (dividing territory); refusal to hire; and price discrimination. Then, based on these relevant decisions listed, the paper attempts to analyze critically the performance of the Brazilian antitrust agency in the light of the analysis of the rule of reason, the standards of evidence and the finding.

**Keywords:** Antitrust. Competition Law. Vertical Restraints. Law and Economics. Standards of Evidence. Research. Rule of Reason.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....</b>	<b>10</b>
2.1 EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	12
2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: INSTRUMENTOS E METODOLOGIA ...	17
2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA .....	22
<b>3 O DIREITO ECONÔMICO BRASILEIRO.....</b>	<b>29</b>
3.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL E DO DIREITO ECONÔMICO NO MUNDO .....	29
3.2 DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL .....	35
<b>4 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS.....</b>	<b>44</b>
4.1 CONCEITO DE RESTRIÇÕES VERTICAIS .....	44
4.2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO COMPARADO ACERCA DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS.....	47
4.3 O TRATAMENTO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO DIREITO BRASILEIRO .	49
4.3.1 <i>Caracterização da conduta.....</i>	<i>52</i>
4.3.2 <i>Análise das condições estruturais e institucionais.....</i>	<i>56</i>
4.3.3 <i>Ponderação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências da conduta.....</i>	<i>60</i>
<b>5 RESTRIÇÕES VERTICAIS: TIPOS E JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>69</b>
5.1 FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA .....	69
5.2 ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE.....	73
5.3 VENDAS CASADAS.....	80
5.4 DIVISÃO DE MERCADO (RESTRIÇÕES TERRITORIAIS).....	85
5.5 RECUSA DE CONTRATAR.....	87
5.6 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇO .....	91
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>94</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>96</b>
<b>APÊNDICE A – LISTA DOS CASOS CONCRETOS .....</b>	<b>101</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem passado por diversas mudanças estruturais ultimamente. O processo de desenvolvimento brasileiro passa necessariamente por questões institucionais socioeconômicas desde a alteração do sistema tributário, passando por uma profunda e necessária reforma política, até as questões econômicas conjunturais, incluindo neste aspecto a defesa da concorrência. Dentro deste processo evolutivo, é natural que os agentes econômicos se desenvolvam e ampliem sua participação no mercado interno e externo. Esse apetite empresarial deve ser fomentado pela estrutura de incentivos concedida pelo ordenamento jurídico econômico, propiciando condições favoráveis à competição e eliminando as falhas de mercado existentes.

Nesse contexto é necessário que ordenamento jurídico – normas, instituições e interpretes do direito - também acompanhe essa mudança e atinja o seu principal objetivo, o bem-estar social. Ao se analisar a história da teoria jurídica e econômica perceber-se que nem sempre essas duas áreas do conhecimento andaram juntas. O direito se distanciou da ciência e até mesmo a economia teve seus momentos de miopia.<sup>1</sup> Somente após a Segunda Guerra Mundial é que a teoria econômica percebe sua capacidade de ajudar o direito a resolver seus problemas. Dentro dos mais diversos ramos do direito, não há nenhuma outra disciplina tão dependente da economia quanto o direito concorrencial. Ao mesmo tempo em que concorrência é um direito difuso tutelado pelo Estado, seus fundamentos são eminentemente econômicos.

A análise do mercado competitivo, sua dinâmica e estrutura não devem ser feitas pela hermenêutica jurídica, mas sim por critérios objetivos fornecidos por instrumentos econômicos que possam verificar quantitativamente suas condições e, a partir de então, fornecer as informações necessárias para a tomada de decisão do aplicador da norma.

Ao estudarmos as normas antitruste brasileiras, bem como a doutrina mais balizada sobre o tema, percebemos que seus preceitos e ideias não divergem do entendimento

---

<sup>1</sup> Gustavo Franco, ao prefaciar o livro *Desenvolvimento econômico uma perspectiva brasileira* (2013), cita Paul Krugman (1995) em sua publicação *Development, Geography, and Economic Theory*. Cambridge: The MIT Press. p. 6,7 e 81, ao afirmar que “[...] o desenvolvimento econômico como campo de estudos, cujas “ideias em seus gloriosos anos 1950 eram consideradas revolucionárias e comandavam enorme prestígio intelectual e influência sobre a realidade” simplesmente “havia deixado de existir”. O trabalho dos pioneiros, segundo argumentava, tinha se tornado obsoleto em vista a incapacidade de enquadrar-se nos cânones que a profissão havia adotado no tocante à quantificação, aos padrões científicos para observações empíricas, ao uso de modelos com vistas a assegurar a solidez interna de proposições testáveis e a capturar os aspectos essenciais de sistemas complexos. A adesão a um estilo discursivo e não matemático teria levado à formação de “escolas de desenvolvimento construídas sobre metáforas sugestivas, particularismo institucional, raciocínio interdisciplinar e uma postura relaxada no tocante à consistência interna. O resultado foram alguns belos escritos, alguns insights inspiradores, e (na minha visão) um beco sem saída intelectual”

assentado na comunidade internacional, principalmente em relação à União Europeia e os Estados Unidos. É pacífico o entendimento no Brasil de que as análises das condutas supostamente anticoncorrenciais deve ser realizada tendo em vista a regra da razão e não mais a regra *per se*. O grande problema é que, ao se analisar como os aplicadores do direito anticoncorrencial proferem suas decisões, percebemos que, a despeito do reconhecimento da regra da razão e de sua utilização como fundamento, existe certa discrepância nos padrões de investigação e de prova em casos semelhantes, de maneira que alguns julgados são tão superficiais que se aproximam mais da regra *per se* do que da regra da razão. Consequência disso pode ser a ocorrência de erros tipo I e tipo II e uma inversão na estrutura de incentivos do ordenamento jurídico.

O problema do nível de investigação e do padrão de prova se refere ao ponto de equilíbrio desse poder-dever do Estado, ou seja, até que ponto investigar e qual o padrão de prova se utilizar. Mais uma vez, a análise econômica se mostra importante ao direito. Com instrumentos econômicos é possível auxiliar na tomada de decisão e definir o quanto se gastar de tempo e recurso em uma investigação e quais os prejuízos sociais a se evitar.

Para se utilizar com maestria a regra da razão, que nada mais é do que sopesar os benefícios e prejuízos advindos da prática anticoncorrencial, é necessário alcançar esse ponto de equilíbrio, o que, com os instrumentos e modelos econômicos adequados proporcionará uma avaliação quantitativa do caso concreto, e a consequente maximização do resultado, objeto da norma antitruste.

Neste contexto, o presente trabalho ao passar por todos esses aspectos e após fazer uma regressão histórica do direito concorrencial, introduzindo os pressupostos teóricos que abrangem a matéria, colaciona diversos julgados do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência relativos a cada um dos seis tipos de restrições verticais elegidos para, ao final, fazer uma análise crítica quanto a profundidade e correção das soluções propostas à luz da regra da razão e da estrutura de incentivos fornecida pelas normas antitruste.

## 2 INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Muito se discute sobre o conceito de direito. Deixando de lado todas as questões filosóficas que envolvem a matéria, o conceito de direito pode ser sintetizado no instrumento destinado a induzir ou modelar o comportamento humano para fazer ou deixar de fazer alguma coisa, visando o bem-estar da sociedade. O conceito de economia não é muito distante desse conceito de direito. Trata-se de uma ciência que estuda o processo de tomada de decisão para alocação eficiente dos recursos escassos a fim de maximizar o bem-estar social. Percebe-se, portanto, que a proximidade dos conceitos do direito e da economia não nos permite estudá-los de maneira individualizada. São áreas do conhecimento que possuem uma ligação muito forte e, dessa forma, se complementam.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito tem por definição a disciplina que se vale dos instrumentos econômicos, mais precisamente da microeconomia, para explicar o direito e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (TIMM; GICO JR., 2013, p. 1) é o campo do conhecimento humano que tem a finalidade utilizar os mais variados instrumentos das ciências econômicas para fins de obter uma maior compreensão do ordenamento jurídico, aperfeiçoar o seu desenvolvimento, aplicação e avaliação, principalmente no que se refere aos seus efeitos e consequências.

Contudo, a história nos mostra que essas matérias nem sempre foram tratadas e estudadas em conjunto. Principalmente após a Segunda Guerra Mundial, os juristas, descrentes das soluções advindas do positivismo jurídico, se aproximaram do direito como valor e da filosofia, se distanciando da “ciência jurídica”, bem como das demais disciplinas que tentavam explicar empírica e cientificamente o ordenamento jurídico. Esses acontecimentos acarretaram trágicas consequências para o desenvolvimento do direito, visto que em função da postura filosófica adotada, até hoje não se vislumbra na dogmática jurídica uma metodologia científica capaz de explicar a realidade e os fatos sociais, ou até mesmo de analisar o direito sob o ponto de vista de sua efetividade e eficiência. É exatamente neste ponto que a Análise Econômica do Direito se sobressai e contribui com a disciplina jurídica. Valendo-se de um instrumental teórico maduro, a economia auxilia o direito a compreender os fatos sociais e, principalmente, a entender como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em sua estrutura de incentivos (TIMM; GICO JR., 2013, p. 2). Essa compreensão científica supera o senso comum e permite que o estudo resulte em um diagnóstico e um prognóstico, que são elementos fundamentais para o exercício axiológico de uma decisão.

Para Richard Posner (1975, p. 11), o direito e economia compreende “[...] a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”. Nicholas Mercurio e Steven Medema referem-se à disciplina como sendo a “[...] aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais” (MERCURIO; MEDEMA, 1999, p. 3).

Já Alfredo Bullard é muito esclarecedor ao afirmar que:

*La única forma de entenderlo es aplicándolo, y viendo como funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas. En realidad lo que se consigue a través del AED es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar formulas que permiten predecir (al menos por resumir) como los individuos actuaran ante tales incentivos. Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad. (BULLARD, 2014, p. 727-756).*

Robert Cooter (2010) afirma que a análise econômica do direito é a utilização das ferramentas econômicas para tratar os problemas do direito. Os seres humanos são racionais e, portanto respondem a incentivos e uma dessas formas de incentivos é a lei. Quando a lei muda a estrutura de incentivos também muda o comportamento humano. Continua o eminente professor dizendo que a economia é uma teoria científica que serve para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços e, presumivelmente, a pessoas reagem às sanções, da mesma maneira em que reagem aos preços. Se o preço é mais alto as pessoas tendem a consumir menos e se as sanções são mais severas as pessoas tendem a realizar menos a conduta que pode levá-la a tal sanção.

Podemos, ainda, afirmar que para a Análise Econômica do Direito, o direito é um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes, haja vista que o homem, na perspectiva econômica, é um ser racional e que pratica suas condutas de forma a maximizar seus interesses em todas as situações da vida. Ao tomar uma decisão, o homem busca sua satisfação e, para isso, toma suas decisões baseadas na estrutura de incentivos, muitas vezes imposta pelo ordenamento jurídico.

Quando falamos em Análise Econômica do Direito não estamos falando em um objeto de estudo específico como dinheiro, mercado e etc., mas sim em um método científico

econômico que auxilia a tomada de decisão humana. Assim, a disciplina serve para compreender toda e qualquer tomada de decisão, seja individual ou coletiva, que verse sobre recursos escassos. Toda decisão humana, nessa concepção, é passível de análise econômica (RIBEIRO; KLEIN, 2010, p. 21).

Muito embora o aparo científico da área do conhecimento econômico se mostra importante para diagnosticar fatos sociais, predizer os efeitos da alteração da estrutura de incentivos e apontar caminhos mais eficientes para a tomada de decisão, importante ressaltar que Análise Econômica do Direito não se presta a dar soluções definitivas as agruras do direito, ou melhor, é despicienda a ideia de que para cada problema existente, há uma resposta definitiva, como se o Direito e a Economia fossem um remédio específico para cada doença. O objeto principal da Análise Econômica do Direito, sobretudo, é aclarar questões jurídicas, cuja solução seria improvável pelo método da comunicação e da hermenêutica.

Dito isso, é importante contextualizar a evolução da Análise Econômica do Direito desde o seu surgimento, a partir da Segunda Guerra Mundial, até os dias de hoje.

## 2.1 EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Segundo Ron Harris (2003, p. 659), Análise Econômica do Direito é o “mais influente movimento de pensamento jurídico no período pós-Segunda Guerra Mundial”. Na mesma linha o professor Bruce Ackerman (1986, p. 929-34) da Faculdade de Direito de Yale afirmou que a abordagem econômica do direito é o mais importante desenvolvimento no direito acadêmico do século XX, haja vista que a economia apresenta uma teoria científica para prever as consequências do poder normativo no comportamento humano.

A Análise Econômica do Direito surge em um momento histórico de descrença ao modelo jurídico adotado pelo juspositivismo. Para Bobbio:

[...] por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. [...] O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo. (BOBBIO, 2006, p. 26).

Bobbio afirma ainda que o direito é:

[...] um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um "terceiro" (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (BOBBIO, 2006, p. 26).

O positivismo jurídico destaca as diferenças entre juízo de validade e juízo de valor. Afirma que tendo em vista a necessidade de transformar o direito em uma verdadeira ciência, era imprescindível a separação dos juízos de fato dos juízos de valor. A ciência verdadeira deve ser avaliativa, consistindo apenas em juízo de fato, que nada mais é que o conhecimento da realidade, tendo apenas a finalidade de informar. Já o juízo de valor representa uma tomada de posição frente à realidade, tendo a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro.

Sendo assim, o positivista jurídico assume a postura de estudar o direito tal qual ele é, e não tal qual deveria ser. Estuda-se o direito real sem perguntar se existe um direito ideal (como aquele natural). Não se faz distinguir um direito justo do injusto.

Conforme afirma Mário G. Lousano (2002), o conceito de positivismo jurídico pode ser dividindo com base em 7 aspectos:<sup>2</sup>

- 1) do ponto de vista da aproximação do direito, o positivismo jurídico leva em conta o direito como fato, e não como valor; assim, o direito é válido não porque é considerado bom, mas porque é produzido de modo formalmente correto (teoria formalista do direito);
- 2) do ponto de vista da definição do direito, o positivismo individua o direito através do elemento da coerção, porque uma norma sem sanção seria ineficaz (teoria da coatividade do direito);
- 3) do ponto de vista das fontes do direito, o positivismo considera a legislação como fonte principal do direito, reduzindo ao mínimo a relevância do costume (teoria do normativismo legislativo);
- 4) do ponto de vista da teoria da norma jurídica, o positivismo concebe o direito como comando, que pode ser dirigido aos consorciados ou aos juízes (teoria imperativa do direito);
- 5) do ponto de vista da teoria do ordenamento jurídico, o positivismo concebe o direito como um sistema completo e coerente, isto é sem contradições e lacunas (teoria sistemática do direito);
- 6) do ponto de vista do método científico jurídico, o positivismo limita a atividade a atividade do jurista a pura interpretação declarativa ou mecânica da norma, excluindo a função criativa do juiz, ou seja, o “*judge made law*” ou *Richterrecht* (teoria da

---

<sup>2</sup> Essa definição muito bem colocada por Lousano foi dada por Bobbio e pode ser encontrada na vasta produção doutrinária da primeira fase da vida acadêmica do autor, principalmente no livro *Positivismo Jurídico*.

interpretação não criativa);

7) do ponto de vista da sujeição ou vínculo à lei, o positivismo prescreve a obediência estrita, ou até mesmo absoluta, à lei (teoria da obediência incondicionada).

Como característica do conceito de positivismo baseado nos 7 aspectos acima podemos apresentar o exemplo da escravidão como um caso muito interessante para ilustrar suas definições. Afirma-se que a escravidão deve ser considerada um instituto como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa. Essa é exatamente a diferença do juspositivismo para o jusnaturalismo, ou seja, a exclusão do valor no estudo do direito.

Essa contraposição entre positivismo e jusnaturalismo se acentua no pós-guerra. O positivismo era acusado de ter sido o causador da subserviência dos juristas às ditaduras, o que posteriormente se compreendeu que esse comportamento era, na verdade, oriundo de anseios e estruturas sociais existentes anteriormente a própria ditadura (LOUSANO, 2002, p. 194-201).

Começa-se então uma revisão crítica do positivismo jurídico, de maneira que de um lado se apresentava o positivismo enquanto expressão da austeridade científica e de outro o jusnaturalismo como expressão da liberdade moral.

O fato é que essa separação entre moral e direito e a busca incessante por uma metodologia independente e um objeto próprio, a norma, teve um efeito inverso ao pretendido. O direito passou a se preocupar apenas com o formalismo e suas próprias estruturas, se distanciando das demais áreas do conhecimento. Assim nessa visão formalista o direito seria:

a) o resultado de uma ação volitiva humana; b) seu conteúdo independeria da moral ou de outros campos do conhecimento; e, por isso, c) seria um sistema lógico fechado e coerente de regras da qual a decisão jurídica correta sempre poderia ser inferida lógica e automaticamente do direito posto. (GICO JR., 2012, p. 5).

Segundo ainda Ivo Gico:

O juspositivismo contribuiu para a teoria jurídica ao estabelecer de forma clara a distinção entre análise positiva e normativa do direito, bem como com a identificação do direito como um mecanismo de mudança social, que deveria obedecer a critérios de racionalidade. Por outro lado, a maneira como a proposta de alcançar a independência metodológica foi implementada e evoluiu, não apenas excluiu das faculdades do direito qualquer forma de análise normativa (o que deve ser), como resultou na adoção de uma postura xenófoba e hermética, contrária ao próprio positivismo filosófico, cujo resultado foi praticamente eliminar o diálogo entre o direito e as ciências. (GICO JR., 2012, p. 6).

Isso fez com que os juristas ficassem carente de instrumental teórico-científico aplicável a avaliação empírica da realidade, recorrendo sempre a hermenêutica para interpretar os fenômenos do direito.

Logo após a Segunda Guerra Mundial percebia-se uma enorme insatisfação com o positivismo, haja vista que o modelo não conseguiu evitar que os regimes ditatoriais perpetrassem as barbáries vistas naquela época. Surge, portanto, um movimento chamado de Realismo Jurídico<sup>3</sup>, cujos preceitos no âmbito dos Estados Unidos eram os seguintes: a) o direito não fornece apenas uma única resposta, ou seja, deixa de ser determinado e passa a ser indeterminado; b) o resultado das decisões judiciais são influenciados pelo subjetivismo de quem as profere, muitas vezes influenciados pela situação política e social da sociedade, não sendo, portanto, mera aplicação automática e mecânica da lei; e c) o direito deve ser mais pragmático e valer-se de outros ramos do conhecimento científico para efetivamente alcançar o interesse social.

E é nesse contexto que a Análise Econômica do Direito aparece. Nasce como uma resposta aos problemas gerados pelo positivismo, atendendo a necessidade da sociedade em aproximar o direito da realidade. Cumpre destacar que esse movimento deu origem também a outras escolas de pensamento jurídico, nem sempre convergentes, como o *Critical Legal Studies* nos Estados Unidos, a Escola da Livre Investigação Científica na França e o neoconstitucionalismo no Brasil.

Em um cenário de carência de metodologia jurídica, a busca pela aproximação do direito à realidade fez com que algumas dessas escolas do pensamento, principalmente a neoconstitucionalista no Brasil, buscassem suas respostas na filosofia, especificamente junto a alguns pensadores que se esforçaram em criar critérios racionais para explicar a realidade jurídica, como John Rawls<sup>4</sup>, Jürgen Habermas<sup>5</sup> e Robert Alexy.<sup>6</sup>

Mesmo a filosofia se esforçando para suprir as demandas da sociedade sobre o ponto de vista do direito e obtendo certo sucesso na reaproximação do direito e da moral, sua análise não é focada nas possíveis consequências dos atos jurídicos e normativos. A filosofia busca

---

<sup>3</sup> Para Charles K. Rowley, o principal sentido do realismo jurídico foi o de propiciar uma futura reaproximação do Direito com as ciências sociais, especialmente com as ciências econômicas. Tal postura pode ser observada em 1937 na mudança de posicionamento jurisprudencial da Suprema Corte americana quando do julgamento do caso *West Coast Hotel Co. V. Parrish*.

<sup>4</sup> Foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard, autor de *Uma teoria da justiça* (1971), *Liberalismo político* (1993), e *O direito dos povos* (1999).

<sup>5</sup> É um filósofo e sociólogo alemão, inserido na tradição da teoria crítica e do pragmatismo. Ele era conhecido por suas teorias sobre a racionalidade comunicativa e a esfera pública, sendo considerado como um dos mais importantes intelectuais contemporâneos.

<sup>6</sup> É um dos mais influentes filósofos do direito alemão contemporâneo. É autor do *Uma teoria da argumentação jurídica* e a *Teoria dos direitos fundamentais*.

respostas teóricas e abstratas para a justificação e flexibilização da norma com princípios de conteúdos indeterminados, baseada em uma suposta racionalidade jurídica, afim evitar o mero voluntarismo.<sup>7</sup>

Contudo, algumas questões simples ainda carecem de resposta. O resultado desejado pela norma imposta pode ser mesmo alcançado da maneira como foi proposto? Essa questão não pode ser respondida apenas com a intuição. É preciso mais do que isso. É preciso instrumentos capazes de inferir com maior precisão e comprovação empírica quais são as consequências jurídicas da criação ou implementação de uma norma ou ato jurídico na sociedade. Esses atos e decisões proferidos são realizados por seres humanos e evidentemente destinados, também, aos seres humanos, portanto, nada mais lógico para entender suas consequências do que se valer das teorias que tenham como objeto o estudo das decisões e do comportamento humano.

A Análise Econômica do Direito, conforme dito anteriormente, tem sua origem no pós-guerra, mas suas raízes e seu desenvolvimento se dão, principalmente, a partir da década de 60, na Universidade de Chicago nos Estados Unidos, contudo é possível encontrar vestígios filosóficos de suas teorias bem antes desse marco.<sup>8</sup> O trabalho mais emblemático que interpreta o direito a luz dos instrumentos econômicos foi o *The Problem of Social Cost*<sup>9</sup> escrito por Ronald Harry Coase em 1960 e publicado quando era professor da Universidade da Virginia. O mesmo autor, em 1937, ainda na *London School of Economics*, publicou o artigo *The Nature of the Firm*<sup>10</sup>, cujo teor já introduzia e provocava o estudo do direito por meio da economia.

A grande contribuição de Ronald Coase se funda no fato de que se os agentes envolvidos nas externalidades negativas (agente causador e agente afetado) puderem negociar em um ambiente sem custos de transação e com direitos de propriedades bem definidos chegarão a um resultado mais proveitoso, mediante um pagamento do primeiro ao segundo de um valor a fim de se minimizar ou eliminar as externalidades em questão. Essa conclusão se

<sup>7</sup> GICO, Ivo. TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>8</sup> A exemplo, Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês, nascido em 1748 e John Stuart Mill, filósofo e economista inglês, nascido em 1806, defensores do utilitarismo, teoria valorativa ética que contrariou o pensamento do direito natural do século XVIII. Tinha como característica o movimento das concepções *a priori* ao empírico e principalmente como um individualismo utilitário. Definia a utilidade como pressuposto da felicidade total.

<sup>9</sup> Diz o artigo: “*This paper is concerned with those actions of business firms which have harmful effects on others. [...] The problem is to avoid the more serious harm*” (COASE, Ronald H. **The problem of social cost, in the firm, the market and the law**. Chicago: Chicago Press, 1990, p. 95-96).

<sup>10</sup> Diz o artigo: “*In view of the fact that, while economists treat the price mechanism as a coordinating instrument, they also admit the coordinating function of the ‘entrepreneur’, it is surely important to enquire why co-ordination is the work of the price mechanism in one case and of the entrepreneur in another*” (The Nature of The Firm, in The Firm, the Market and the Law, Chicago, Chicago Press, 1990, p. 37).

funda na ideia de que as partes tendem a evitar os dois extremos, permanecer com a externalidade sem qualquer compensação ou eliminá-la completamente. A primeira situação é prejuízo para o agente sofredor e a segunda situação é prejuízo para o agente causador da externalidade.

Ainda na década de 60, outro estudioso do tema ofereceu grande contribuição para a Análise Econômica do Direito, Guigo Calabresi. Sua teoria afirmava que os custos dos acidentes seriam minimizados se a parte que poderia ter evitado o acidente ao menor custo fosse responsabilizada pelas perdas decorrentes. Esta regra foi chamada por ele de a regra do custo mais baixo da prevenção ou *cheapest cost avoider*. Calabresi demonstrou como o poder da utilização de simples princípios e instrumentos econômicos podem auxiliar a racionalizar a aplicação de uma norma e aprimorar seu aperfeiçoamento (POSNER, 2005).

Em 1972, quando Richard A. Posner<sup>11</sup> lança seu livro *Economic analysis of law*, é que a interpretação do direito por meio da economia ganha força. Sua teoria estabeleceu os princípios fundamentais da nova esfera do conhecimento metodológico do ordenamento jurídico, demonstrando que os instrumentos se aplicam não somente ao estudo da defesa da concorrência e das relações mercado, mas a todos os campos do direito, tais como: direito penal; responsabilidade civil; contratos e etc.

Nesse contexto, surge a Análise Econômica do Direito no Brasil, cujo objetivo é, a partir da compreensão do comportamento do homem, contribuir para a interpretação dos fenômenos sociais, fazendo uma análise de impacto dos atos normativos e das decisões judiciais, fornecendo instrumentos científicos para que as decisões dos operadores do direito saiam do campo da intuição e se qualifiquem sob o ponto de vista do fundamento científico evitando ineficiência e prejuízos sociais.

## 2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: INSTRUMENTOS E METODOLOGIA

A primeira forma de compreensão da Análise Econômica do Direito é buscar a separação da disciplina em duas proposições: a) positiva e; b) normativa. O aspecto positivo da Análise Econômica do Direito se refere ao critério da verdade ou *o que é*, ou seja, refere-se à análise da norma positivada e suas consequências oferecendo diagnósticos e prognósticos, sem sugerir mudanças e propor alterações ou, muito menos, qual seria a decisão mais acertada ou a política pública correta. Já a perspectiva normativa se refere ao critério de valor ou *o*

---

<sup>11</sup> Richard Allen Posner jurista americano nascido em Nova Iorque no ano de 1932. Formado em direito pela Universidade de Harvard, tendo se tornado professor da Universidade de Stanford e, posteriormente, da Universidade de Chicago. Foi um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito.

*dever ser*, ou seja, trabalha o estudo da norma fazendo diagnósticos, prognósticos, mas propondo alterações e analisando quais as decisões seriam mais eficientes ou quais as políticas públicas seriam as mais adequadas. Ivo Gico sintetiza:

[...] a AED positiva nos auxilia a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido. (GICO JR., 2012, p. 18).

Diferentemente dos juristas tradicionais que utilizam apenas a metodologia da hermenêutica jurídica para analisar e interpretar a realidade normativa, o jurista-economista se vale do direito como um ordenamento repleto de incentivos que direcionam seus agentes a tomar as decisões com base na relação custo benefício de suas escolhas. A metodologia adotada pela Análise Econômica do Direito oferece a possibilidade de se analisar a relação de causa e efeito das normas e decisões jurídicas na tentativa de entender como os destinatários dos referidos atos irão se comportar no caso de alteração da estrutura de incentivos. Segundo Ivo Gico essa forma de análise empírica permite demonstrar que a normatividade jurídica não só não é pressuposta como muitas vezes é negada, haja vista a possibilidade do agente, destinatário da norma, não responder à nova estrutura de incentivos criada pela alteração normativa.

Essa é a contribuição importante da economia ao direito. Para entender quais seriam as reações dos agentes em face das mudanças na estrutura de incentivos é necessário que o operador jurídico se beneficie de um ramo do conhecimento que tenha por objeto o estudo do comportamento humano, característica essa ausente no direito, mas presente nas ciências econômicas. Veja que a economia avalia como o ser humano comum se comportaria diante dessa ou daquela situação, haja vista a mudança na estrutura de incentivos. O direito tenta se valer de um instituto parecido para dar as mesmas respostas. Trata-se da previsibilidade objetiva que se refere à forma como o homem médio agiria em determinadas situações. A grande diferença é que para avaliar a conduta do homem médio do direito não existe uma metodologia científica, apenas o senso comum. Não há, portanto, como colocar no mesmo nível de comparação uma decisão que é tomada com fundamento no senso comum e outra decisão que é tomada com base em instrumentos e métodos científicos comprovados e testados.

O fato é que as ciências econômicas ao disponibilizar seus instrumentos e contribuir com o direito têm alguns pressupostos como fundamento: a) o ser humano é racional; b) ele

sabe o que quer; c) é autointeressado, ou seja, é individualista<sup>12</sup>; d) consegue valer-se das informações disponíveis e processá-las para tomar suas decisões; e) é movido por incentivos; e f) trabalha em um ambiente com escassez de recursos. Podemos dizer que alguns desses pressupostos possuem maior ou menor grau de certeza e parte da doutrina, principalmente os críticos dos economistas, atacam essas premissas para desconstituir o modelo criado.

Outra premissa interessante é que o ser humano busca sempre o maior nível do seu bem-estar, o que quer dizer na linguagem econômica, *utilidade*. Cada indivíduo tem uma utilidade e sempre busca maximizá-la, esse fenômeno é chamado pelos economistas de “racional maximizador”. O homem toma suas decisões com base na análise de custo benefício e no preço de sua decisão que deve se somar ao valor do custo de oportunidade, que nada mais é do que o “benefício” que o agente está deixando de ganhar quando aplica seus esforços na opção A em detrimento da B. Um exemplo claro e bem atual que poderíamos citar é o custo dos estádios de futebol para a Copa do Mundo da FIFA. Além do valor dispendido na construção da infraestrutura da obra (preço explícito), existe ainda o custo de oportunidade daquele recurso, ou seja, o que poderia ter feito com aqueles recursos (preço implícito), mas que foram preteridos para a construção dos estádios.

Veja, portanto que o comportamento humano de análise do custo benefício de cada decisão está associado à estrutura de incentivos existente. Essa estrutura de incentivos é dada pelo ordenamento jurídico, visto que o direito também tem como objetivo modelar o comportamento humano em prol do bem-estar social. Bom, se o direito é quem cria a estrutura de incentivos e a economia é uma das áreas conhecimento que oferece instrumentos científicos para dizer qual é o verdadeiro impacto dessa estrutura na vida real, nada mais coerente do que estudar o direito à luz da economia.

Nesse contexto, percebe-se que o que se busca com o direito é a criação de uma estrutura de incentivos, o qual podemos chamar de ordenamento jurídico, com olhar voltado para o destinatário da norma (sociedade composta por seres humano), a fim de se alcançar o máximo do bem-estar social. Esse máximo do bem-estar social na economia chama-se ótimo social ou ótimo de Pareto ou ponto de equilíbrio ou ainda eficiência de Pareto. Vilfredo Pareto foi um economista franco-italiano que desenvolveu uma teoria econômica que afirmava que o ponto Ótimo ou Eficiente era alcançado quando não era possível melhorar a situação de

---

<sup>12</sup> Gico Jr. afirma que “[...] a abordagem econômica não requer que se suponha que os indivíduos sejam egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de suas utilidades, seja lá o que isso significar para eles. Nessa linha, por exemplo, são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e. g., academia), poder (e. g. política) ou mesmo altruísmo (e. g. família).” (2012, p. 23).

ninguém sem piorar a do outro. Partindo das premissas econômicas citadas acima, (homem racional, autointeressado, em um mercado livre e competitivo) se cada indivíduo transacionar (tomar decisões) maximizando sua utilidade, teremos um número cada vez maior de transações na sociedade o que refletirá em sequenciais melhorias de Pareto, até se alcançar o ponto de equilíbrio ou ótimo social. Alcançar esse ponto ótimo significa dizer que não haveria mais transações, uma vez que o benefício marginal se iguala ao custo marginal e, portanto, as transações não seriam mais vantajosas sob o ponto de vista econômico.

A análise acima realizada – estudo do ponto de equilíbrio baseada na observação do indivíduo - é chamada de individualismo metodológico. Segundo essa metodologia (GICO JR. 2012, p. 22), para se explicar e entender o comportamento social e coletivo é necessário compreender primeiramente o comportamento do indivíduo considerando a dinâmica da interação entre agentes e não apenas a conduta isolada de um só agente.

Uma das críticas mais severas que se faz a esse tipo de metodologia é, segundo Ludwig (MISES, 2008), a impossibilidade de se analisar o homem fora do meio social e, portanto, essa noção de indivíduo é completamente abstrata. O homem real é necessariamente membro de uma sociedade e é impossível imaginar sua existência separado da humanidade e desconectado do contexto social. O homem como ser humano é produto da própria evolução social. Contudo, o próprio Ludwig afirma que tais críticas não passam de falácias de boa parte dos desacreditados doutrinadores metafísicos.

O individualismo metodológico não estuda o homem separado de seu meio ambiente social, ao contrário, estuda a conduta individual do homem considerando o meio onde ele desenvolve suas atividades, ou seja, leva em consideração todo o contexto social em que o agente tomou a decisão. Assim, é necessário entender não só o homem, mas também a estrutura de incentivos em que ele está submetido. Gico Jr ainda traz alguns exemplos esclarecedores sobre o tema:

Dessa forma se desejamos entender por que o judiciário funciona como funciona, temos de ser capazes de explicar e compreender a estrutura de incentivos de cada magistrado, a dinâmica entre juízes e desembargadores e deste com os ministros e assim sucessivamente. Se desejamos compreender como funciona o Congresso, devemos ser capazes de explicar a estrutura de incentivos de deputados, senadores, assessores e consultores. Compreender a estrutura de incentivos desses agentes é investigar como eles realmente agem e não supor que agirão no interesse público pura e simplesmente com base na fé. Do mesmo modo se desejamos saber como consumidores e fornecedores se comportarão diante de uma mudança legislativa, precisamos entender a estrutura de incentivos de cada grupo. (GICO JR , 2012, p. 22).

Outro ponto interessante que deve ser considerado ao se estudar a Análise Econômica do Direito é os conceitos de sistema, modelagem e reducionismo.

O método científico que vem sendo utilizado pelo homem para explicar a realidade e transmitir o conhecimento é, principalmente, o reducionismo. Esse procedimento de aquisição do conhecimento funciona buscando a decomposição da complexa realidade em partes menores e isoladas, com o objetivo de entender como essas partes menores são feitas e como funcionam (CASTRO et al., 1998). Ludwig von Bertalanffy, biólogo alemão, criou em 1950 a Teoria Geral dos Sistemas (BERTALANFFY, 1972). Toda essa discussão sobre reducionismo surgiu no campo de conhecimento das ciências naturais, visando à implementação de novas leis que pudessem ser aplicadas aos seres vivos, isolando-os da rigidez das leis da física clássica newtoniana e, portanto, mais favoráveis ao conhecimento das suas complexas relações e interações.

Posteriormente esse conhecimento foi ganhando legitimidade e incorporado às ciências sociais, haja vista que com a evolução da teoria, percebeu-se que no campo das ciências sociais nem todos os componentes estudados, quando somados, faziam parte de um todo. Existiam, nessa área do conhecimento científico, componentes oriundos de um resultado de interações de um todo indivisível, cuja descoberta deu origem a noção de sistema. Sistema significa um conjunto de partes individuais interligadas. A teoria dos sistemas, afirma que o todo é resultado da interatividade dos seus elementos, cuja compreensão advém do estudo do funcionamento dessas partes em relação ao próprio todo.

Nesse contexto entra a ideia de limite de sistema. Limite de sistema é uma abstração dos pesquisadores para separar aquilo que lhe interessa para o estudo, haja vista que a realidade é um enorme complexo de elementos interativos, sendo que vários desses elementos não importam para o pesquisador. Assim ele limita o sistema em conjuntos menores e facilita o entendimento do funcionamento de cada parte. O modelo é a representação de um sistema com a aplicação dos limites determinados e pode ser de diversas formas: físicos, conceituais, matemáticos.

Os juristas se valem desses modelos para tentar explicar a realidade. Estudam o sistema, limitando-o e apresentando-o na forma de modelo para facilitar a compreensão do mundo jurídico e suas implicações. A dificuldade de se elaborar um bom modelo está na escolha correta dos limites, ou seja, na escolha correta das variáveis a se considerar e a se desprezar.

Por fim, devemos ainda destacar outra importante contribuição da Análise Econômica para o direito. É possível por meio dos instrumentos oferecidos pela economia identificar a

ineficiência de determinada norma, decisão judicial ou política pública e com isso avaliar o nível de justiça de cada ato. Bem da verdade, é que a Análise Econômica do Direito não se presta a dizer se determinado ato ou política pública é justa, apenas pode afirmar que ela é ou não injusta, visto que ao mensurar seu grau de eficiência e identificar que, na verdade, trata-se de uma política pública ineficiente, poderá afirmar que também trata-se de uma política pública injusta, porquanto, toda ineficiência gera injustiça. Ineficiência gera desperdício e não há nada mais injusto que desperdício. Políticas públicas que são ineficientes desperdiçam recursos que poderiam estar sendo aplicados em outros ramos da sociedade e sendo usufruídos por seus membros.

Ainda há um segundo aspecto que confirma a contribuição da Análise Econômica do Direito quanto ao critério de justiça. Para se tomar uma decisão sobre essa ou aquela norma ou política pública, são necessárias informações precisas sobre os impactos de cada uma delas e ainda uma análise dos custos de oportunidade de suas escolhas. A economia é capaz de fornecer essas informações e, a partir de então, deixar o agente livre para fazer a melhor escolha ou a escolha mais justa.

### 2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Vimos acima que as ciências econômicas podem transitar com tranquilidade pelos mais diversos ramos do direito, contudo não há outra disciplina em que análise econômica seja mais presente do que no direito da concorrência. Concorrência quer dizer competição e ao mesmo tempo em que é um direito difuso da sociedade é também um postulado intrínseco da economia de mercado.

Em uma economia de mercado<sup>13</sup>, os preços são determinados pela interação entre os trabalhadores, consumidores e empresas. É importante para a sociedade que os mercados sejam competitivos, o que quer dizer, em uma linguagem econômica, que nenhum comprador ou vendedor pode, individualmente, modificar a estrutura do mercado ou influir direta ou indiretamente nos preços. Assim a concorrência impõe limites a capacidade empresarial de aumentar seus preços arbitrariamente.

Observe que a ausência de competição pode trazer sérios danos à coletividade. Algumas condutas podem até não parecer tão lesivas em um primeiro momento, conquanto, futuramente se verá que o ato, aparentemente inofensivo ou benéfico para o mercado, se configura, na verdade, ato anticompetitivo, como por exemplo, a prática de preços

---

<sup>13</sup> Mercado é o conjunto de compradores e vendedores que por meio de suas relações sejam elas potenciais ou concretas determinam juntos o preço de cada um dos bens.

predatórios.<sup>14</sup> Contudo, as condutas supostamente anticoncorrenciais somente geram efeitos negativos e se configuram verdadeiros ilícitos quando o agente possui poder de mercado e o exerce em sua plenitude. Para Paulo Furquim de Azevedo (2012, p. 267), em primeira análise, poder de mercado é uma ineficiência econômica, que gera efeitos negativos para o consumidor e para a sociedade em geral. A empresa que exerce o poder de mercado de maneira abusiva se apropria de uma parcela da renda dos consumidores, que são forçados a adquirir os produtos por um preço mais elevado. Isso ocorre porque, ao exercer o poder de mercado, a empresa reduz a produção com o objetivo de aumentar o preço dos produtos. Essa redução na produção significa uma quantidade menor de transações no mercado e, portanto, uma geração de riqueza para a sociedade<sup>15</sup> inferior ao ponto ótimo ou desejável.

Destaca ainda o autor que a ausência de competição acarreta diversos outros problemas, afora a ineficiência alocativa exposta no parágrafo anterior. Segundo ele talvez o maior dos prejuízos para a sociedade seja a preguiça dos gerentes e acúmulo de perdas e custos das organizações. Empresas que operam em um ambiente competitivo tendem a reduzir custos, diversificar produtos, privilegiar a criatividade, elevar a qualidade e reduzir os preços dos seus produtos, sob pena de perderem parcela significativa do mercado para outras empresas mais eficientes. Por óbvio, quem ganha com isso é o consumidor e a sociedade como um todo. O contrário também é verdadeiro. Empresas que operam em um ambiente carente de competição tendem a não ser tão eficientes. Exercem o poder de mercado para aumentar seus preços injustificadamente, imputando à sociedade o consumo de bens com preços mais elevados e de qualidade inferior.

Por esses e outros motivos é que a concorrência é um direito difuso e deve ser tutelada pelo Estado. Nesse aspecto, a atuação estatal, de uma maneira geral, pode ser dividida em duas formas: a) controle de atos de concentração; e b) controle de condutas. Controle de atos de concentração, também chamado de atuação preventiva ou controle de estruturas, significa o controle das fusões, aquisições e contratos que de alguma forma transfiram ativos

---

<sup>14</sup> Massimo Motta (2004, p. 412) sobre preço predatório: “Throughout this book we have seen that low price is generally associated with a higher consumer and social welfare. I might therefore seem surprising at first sight that competition authorities could be concerned with situations where a firm charges “too low” prices. Yet, although rare, there are circumstances where a dominate firm might set low prices with an anti-competitive goal: forcing a rival out of the industry or pre-empting a potential entrant. In these cases, low prices improve welfare only in the short-run, for the time predation lasts; once the prey has succumbed, the predator will increase its price. The final effect of this predatory behavior (if successful) will be to worsen welfare in the long-run, because it eliminates competition in the industry.”

<sup>15</sup> A riqueza da sociedade ou riqueza agregada ou excedente econômico da sociedade é o somatório dos excedentes econômicos individuais de cada agente da economia, de maneira que cada contrato que deveria ser realizado e não o é, por uma falha de mercado, deixa de gerar riqueza e se apresenta como um prejuízo para a sociedade.

potencialmente prejudiciais à concorrência. Controle de conduta também pode ser definido como atuação repressiva. Trata-se da atuação do Estado na dissuasão das práticas empresariais prejudiciais à concorrência que possam vir a caracterizar um ilícito antitruste.

Cabe, portanto, ao poder público a missão de decidir como, quando e em quais situações um ato praticado por um agente pode gerar efeitos anticoncorrenciais, mesmo que potencialmente, proibindo-o ou reprimindo-o na exata medida, a fim de se evitar novas investidas e tutelar o bom funcionamento do mercado.

A questão importante a ser respondida é: como tomar essa decisão na exata medida? Deve o operador da norma antitruste valer-se da filosofia ou da hermenêutica para identificar os efeitos lesivos ou potencialmente lesivos do ato à concorrência e, a partir de então, aplicar a pena que venha a dissuadir casos futuros? Creio que a resposta é negativa. Tais áreas do conhecimento humano não oferecem instrumentos adequados para resolver esses problemas. Já Análise Econômica do Direito possui uma abordagem diferente e consegue fornecer instrumentos capazes de auxiliar o operador da norma na tomada de decisão.

Mas em que medida a Análise Econômica do Direito deve aprofundar a investigação e testar as hipóteses para resolver essas questões anticoncorrenciais? Quais os instrumentos de investigação e qual o nível de prova que devem ser utilizados pela economia para fornecer a resposta adequada?

Todo processo de tomada de decisão passa pelo constrangimento de escassez de recursos, de disponibilidade de evidências e de capacidade de processamento das informações disponíveis e válidas (AZEVEDO, 2012, p. 273). O grande desafio está em trabalhar esses elementos de maneira adequada, a fim de se fornecer os remédios da medida certa e com isso dar efetividade às estruturas de incentivos das normas antitruste. Nesse processo de adjudicação deve-se considerar o grau de investigação a ser realizado, associado ao tempo disponível para a tomada de decisão. Evidentemente que quanto menor o prazo para se decidir menor será a capacidade de investigação e, portanto, maior a possibilidade da resposta a apresentar erros de tipo I (falsos negativos) e erros do tipo II (falsos positivos) (AZEVEDO, 2012, p. 273).<sup>16</sup> Observe que as normas de defesa da concorrência possuem uma estrutura de incentivos montada para estimular a concorrência e desestimular os agentes a praticarem atos anticompetitivos, de maneira que ao se julgar um caso concreto cujo resultado seja um *enforcement* imperfeito o operador da norma antitruste inverte sua estrutura de incentivos fornecendo um “prêmio” ao suposto infrator e punindo aquele agente que pautou suas

---

<sup>16</sup> Citando o Juiz Easterbrook e JOSKOW, P. L. Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies. *Journal of Law, Economics and Organization*. v. 18, n. 1, p. 95-116, 2002.

condutas pelos princípios da ordem econômica. Não é demais ressaltar que, intrínseco as situações de *enforcement* imperfeito, existe um alto custo social.

Neste contexto, o que está em jogo é: de um lado, o grau de aprofundamento da investigação e o nível de prova a ser adotado pelo operador da norma antitruste, sabendo que quanto maior o nível de estudo e investigação maior é o custo e maior a necessidade de tempo, no entanto, menor a possibilidade de ocorrência de *enforcement* imperfeito e, conseqüentemente, menor o custo social; e de outro lado, quanto menor o aprofundamento das investigações e os níveis de prova, menor é o custo e o prazo, contudo, maior o risco de *enforcement* imperfeito e, conseqüentemente, de custo social. Qual seria, portanto, o ponto ótimo desse nível de investigação e do padrão de prova? O ponto ótimo pode ser representado pela variação marginal do benefício atribuído a um aumento no custo de investigação e da diminuição do custo social. Quando o acréscimo no custo de investigação gerar um aumento de benefício e esse aumento de benefício for igual à diminuição do custo social é porque o ponto ótimo foi atingido.

A escolha do grau de investigação e do nível de prova a ser utilizado depende muito do nível de desenvolvimento e da maturidade do Sistema de Defesa da Concorrência. Em sistemas menos desenvolvidos geralmente se vê um maior nível de condenação em condutas mais simples e que não requer um nível de investigação tão aprofundado, seja porque as evidências são facilmente verificáveis ou porque não se exige avaliação econômica para se confirmar a existência ou não do ilícito antitruste (AZEVEDO, 2012, p. 280).

É exatamente o caso brasileiro até 2006. Um pouco mais de 70% das condenações do CADE, até essa data, se concentravam em cooperativas médicas por praticarem a chamada unimilitância. Cooperativas médicas podem ser definidas como uma reunião de profissionais liberais com objetivo de prestar os serviços via essa pessoa jurídica. Em alguns casos, principalmente no interior a cooperativa chega a representar 50% dos profissionais, o que evidentemente caracteriza posição dominante. O fato é que em situações como essas a prova do ilícito antitruste é relativamente simples, visto que em alguns casos a cláusula de unimilitância<sup>17</sup> está presente no estatuto da cooperativa, registrado em cartório (AZEVEDO, 2012, p. 280).

Observe que a investigação em casos de cooperativa médica é muito distinta de casos de carteis realizados por grandes empresas em setores complexos, como o de eletrodomésticos, cimento, logística e etc. As condutas anticoncorrenciais realizadas por essas

---

<sup>17</sup> É a determinação da cooperativa aos seus cooperados de não ofertar seus serviços aos concorrentes.

empresas são sempre camufladas, o que dificulta muito a investigação, sendo descobertas, apenas, por meio de prova como interceptação telefônica e busca e apreensão, cujo custo é muito alto para ser realizado em todo e qualquer caso. Isso é o que se chama de custo da evidência (AZEVEDO, 2012, p. 280).

As evidências coletadas indicam a característica do ilícito que não se resume em cartéis ou cláusula de unimilitância. Há ilícitos antitruste, cujas condutas podem ser definidas como preços predatórios, recusa de venda, restrições verticais e outros. Para a caracterização desses ilícitos, além do custo para a coleta de evidências, acrescenta-se ao custo de prova, o chamado padrão de investigação. Padrão de investigação pode ser determinado pelo nível de aprofundamento dos estudos e das análises para se caracterizar o ilícito. Os padrões de investigação podem ser de dois tipos: regras *per se* e regra da razão. As regras ‘*per se*’ e ‘da razão’ constituem padrões de investigação anticoncorrenciais que determinam o arcabouço de provas necessário para a caracterização da ilicitude da conduta em análise (SCHUARTZ, 2001).

A regra *per se condemnation* pode ser entendida como o padrão de investigação, em que a caracterização do ilícito independe da demonstração dos seus efeitos, bastando a identificação da conduta e sua subsunção à norma antitruste, a exemplo, a fixação de preços, acordos entre licitantes e divisão de mercados. Já a regra da razão pode ser entendida como uma flexibilização quanto ao ilícito tal como está objetivado na norma. Para se configurar o ato antitruste é necessário se comprovar os efeitos anticoncorrenciais da conduta extraindo o seu resultado líquido. Nesse sentido, é o entendimento de Neide Teresinha Malard (1997, p. 188-198) que afirma que a chamada regra da razão evoluiu no direito norte americano, em razão da amplitude das restrições constantes do *Sherman Act*, visando flexibilizar as suas disposições, com o que equivaleria, no direito brasileiro, à aplicação ao caso concreto dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Contudo, ressalta Luiz Fernando Schuartz (2001) que as regras *per se* e “da razão” não se prestam a rotular essa ou aquela conduta e, muito menos dizer que para as primeiras não há a necessidade de se demonstrar o resultado líquido, vejamos:

“*Per se*” e “*rule of reason*” são, a rigor, padrões de investigação antitruste. Não se trata, em hipótese alguma, de rótulos aplicáveis a diferentes categorias de condutas anticompetitivas. De fato, uma determinada conduta tem natureza anticompetitiva se e somente se a ela se associar a produção de efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar em termos do exercício de poder de mercado por parte de um ou mais agentes. A presença dos “efeitos anticompetitivos” nesse sentido é, sempre e necessariamente, elemento constitutivo da definição jurídica de ilícito antitruste. (SCHUARTZ, 2001, p. 47-71).

Muito embora para Schuartz não se devam, as regras *per se* e “da razão”, ter o condão de rotular condutas, é comum encontrar na doutrina afirmações de que para os casos de restrições verticais as normas de ilegalidade *per se* não devem ser utilizadas. A utilização das normas *per se* podem ser justificadas em condutas relativas a carteis, que tem por objetivo essencial suprir o processo competitivo, cobrando preços supracompetitivos, não podendo dizer o mesmo de condutas com descontos condicionados (GERARDIN; NETO, 2013).

Hovenkamp, no mesmo sentido, afirma que “[...] nenhuma prática de desconto poderia ser considerada ilegal ‘*per se*’. O desconto é uma prática vertical que é presumivelmente pró-competitiva. Deve ser condenada somente na presença de significativo poder de mercado e de efeitos anticompetitivos comprovados”.<sup>18</sup>

Ao observar o que diz Paulo Furquim de Azevedo (2012, p. 282) parece haver um conflito de posicionamentos na doutrina sobre o tema. Em sua opinião “nenhuma investigação utiliza, de fato, a regra da razão em sua plenitude, por meio da mensuração de todos os efeitos negativos e positivos decorrentes de uma conduta ou de uma fusão. E isso ocorre por economia processual, ou seja, porque a sociedade perderia mais com a investigação do que ganharia com o refinamento da análise”. Ainda, o mesmo autor, colaciona trecho da obra de Hovenkamp que afirma que:

Na realidade, toda análise legal é *per se* em algum grau. A regra *per se* afirma que quando se atinge um determinado nível de conhecimento sobre a prática investigada pode-se passar para o exame de sua legalidade sem necessidade de investigação adicional. A diferença entre os padrões de investigação *per se* e regra da razão está no quanto nós precisamos conhecer antes de tomar esta decisão. (HOVENKAMP, 2005, p. 251).

Contudo, na verdade, não há esse conflito aparente. Quando parte da doutrina afirma que condutas como práticas de carteis ou unimilitância são passíveis de análise *per se*, o que se quer dizer é que muito do “*o quanto precisamos conhecer antes de tomar a decisão*” pode ser resolvido com a análise da comprovação da materialidade do ilícito e de sua subsunção à norma antitruste, mas sem prescindir dos estudos dos efeitos anticompetitivos. Apenas ficou

---

<sup>18</sup> Ver OFT Report, “Selective Price Cuts and Fidelity Rebates”, **Economic Discussion Paper**, jul./2005, OFT804, § 1.7, em 2.9 e ss.

consagrado na jurisprudência que condutas como essas dificilmente apresentarão benefícios líquidos, portanto o escopo do padrão de prova e investigação pode ser diminuto.<sup>19</sup>

Nesse aspecto a regra da razão também deve ser melhor explicada. Assiste razão FURQUIM, quando afirma que a regra da razão nunca é exercida em sua plenitude. Por tanto, o que a determina, ou seja, o que determina o nível de investigação e o padrão de prova é, mais uma vez, “*o quanto precisamos conhecer antes de tomar a decisão*”.

O problema se concentra então, não no fato dessa ou daquela conduta poder ser ou não decidida sob os fundamentos da razão ou *per se*, mas no fato de se compreender exatamente o sentido do “*quanto precisamos conhecer*”. Qualquer que seja o tipo do ato, ele somente será ilícito se gerar efeitos anticompetitivos e não houver benefícios para a sociedade que os compensem. Para isso é necessário, como exemplo, investigar posição dominante, uso do poder de mercado, efeitos compensatórios, ou seja, fazer a análise à luz da regra da razão. Mas qual o limite de investigação ou do “*quanto precisamos conhecer*”? No momento em que entendermos suficiente o nível de compreensão do fato, paramos a análise quanto a regra da razão, mesmo sem ter esgotado todos os efeitos positivos e negativos que a eventual conduta poderia gerar e passamos a utilizar, a partir desse ponto, a regra *per se*.

A Análise Econômica do Direito Concorrencial, portanto, contribui com o aplicador da norma antitruste, fornecendo ferramentas que o auxiliem a entender suficientemente o caso, a ponto de saber exatamente até que momento se deve avançar nas investigações e qual o padrão de prova a ser utilizado, cotejando custos de investigação com os *enforcements* imperfeitos.

---

<sup>19</sup> Economistas frequentemente não se conformam em abdicar da complexidade e abrangência da teoria econômica, por conta d padrão de investigação sumário conferido a algumas condutas Pode-se mostrar, por exemplo, situações ímpares em que mesmo um cartel poderia produzir efeitos benéficos à sociedade. Tais casos, entretanto, são pouco plausíveis e não justificam a exigência de mais evidências para caracterização do ilícito. Se as autoridades assim o fizessem, tornariam excessivamente onerosa a investigação, o que resultaria na condenação de um menor número de carteis (elevação do erro tipo I). Em termos estritamente econômicos, o benefício de redução de falsos positivos (erro tipo II) seroa negligenciável, sendo mais do que compensado pela substancia elevação de falsos negativos (erro tipo I).

### 3 O DIREITO ECONÔMICO BRASILEIRO

Antes a adentrarmos no Direito Econômico Brasileiro vale a penas contextualizar o desenvolvimento do Direito Concorrencial e Econômico no mundo.

#### 3.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL E DO DIREITO ECONÔMICO NO MUNDO

Primeiro, vamos diferenciar as duas disciplinas apenas para fins didáticos, tendo em vista que a ordem cronológica dos fatos históricos demonstra o surgimento das disciplinas em momentos diferentes.

Define-se Direito Econômico com sendo o ramo do Direito Público que se dedica ao estudo da intervenção Estado na atividade econômica, regulamentando as relações entre setores públicos e privados e corrigindo as falhas de mercado, com vistas a alcançar o ponto máximo do bem-estar social. Já o Direito Concorrencial pode ser considerado uma disciplina do Direito Econômico. Trata-se do ramo do conhecimento jurídico que estuda e disciplina especificamente as relações de mercado e sua competição entre os agentes econômicos. Veja, portanto, que o sentido de Direito Econômico é muito mais abrangente que o de Direito Concorrencial e para efeitos deste trabalho, especialmente quanto à evolução histórica, acrescentamos um elemento muito particular ao sentido de Direito Econômico, qual seja, o de instrumento intervencionista do Estado nas relações econômicas e promotor de políticas públicas. Tal classificação, no entanto, serve apenas para fins didáticos, sem qualquer relevância prática sob o ponto de vista de sua influência no mundo real.

A partir de agora, passamos a discorrer especificamente acerca do desenvolvimento do Direito Concorrencial, que muito embora seja uma espécie do gênero Direito Econômico, encontra-se registro de seu surgimento muito antes do próprio Direito Econômico.

O ideal seria que estudássemos toda a história da evolução do Direito Concorrencial, desde a antiguidade grega até os dias atuais. Conquanto, esse não é o objeto do presente trabalho, sendo suficiente apenas uma breve contextualização, a fim de se responder, nas palavras de Forgioni, a seguinte pergunta: “[...] a partir de que momento a concorrência e o livre mercado foram identificados como valores dignos da tutela de um ordenamento jurídico?” (2014, p. 33).

A competição não tem como marco inicial o surgimento do estado liberal. As regras da concorrência remontam a tempos muito anteriores ao conceito de livre mercado, integrante do sistema de produção capitalista.<sup>20</sup>

Paula Forgioni divide a evolução da concorrência em três principais vetores<sup>21</sup>, cujo conteúdo resume toda a história da sua evolução:

i. “a determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado por razões absolutamente práticas, visando a resultados eficazes e imediatos, eliminando distorções tópicas”. Pode-se perceber essa característica desde os remotos tempos da Grécia antiga, passando por Roma antiga, Idade Média até o surgimento do Liberalismo Econômico;

ii. “a regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como corolário de um sistema de produção entendido como ótimo. Essa disciplina é vista como correlata à estrutura do próprio sistema. A concorrência assume seu sentido técnico, que lhe é dado pela ciência econômica. De outra parte, sua disciplina visa a proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis (correção dos efeitos tópicos danosos, visando à manutenção do sistema)”. Essa característica surge com o liberalismo econômico. Passam a fazer parte do sistema os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Em 1890, surge o *Sherman Act* nos Estados Unidos, que vem coroar essa evolução da defesa da concorrência;<sup>22</sup>

iii. “a regulamentação da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos no mercado passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como instrumento de implementação de políticas públicas (correção dos efeitos tópicos danosos, visando não apenas à manutenção, mas também a condução do sistema)”. (FORGIONI, 2014, p. 36-37).

Nessa divisão didática apresentada por Forgioni, podemos destacar, dentro do segundo vetor, alguns marcos fundamentais para a evolução do direito concorrencial que são: o *Sherman Act*; o *Clayton Act*; a criação da *Federal Trade Commission*; a *Robson-Patman Act*; e, por fim, o *Celler-Kefauver Act*.

O *Sherman Act* de 1890 é um, senão o mais, importante<sup>23</sup> marco da evolução do estudo dos problemas jurídicos do poder econômico. Esse diploma legal foi criado em reação a formação de acordos e combinações empresariais nos Estados Unidos, cuja unidade de desígnios dos agentes era obter vantagens mútuas e eliminar a concorrência controlando a produção das mercadorias e regulando os preços.

<sup>20</sup> Segundo Paula Forgioni (2014, p. 34) é comum a confusão de conceitos valendo de termo concorrência em acepção única. É necessário fazer a distinção entre concorrência como regras que disciplinam a conduta dos agentes econômicos e regulação da concorrência que relacionada um conceito técnico-econômico.

<sup>21</sup> Tais vetores podem ser considerados marcos temporais que caracterizam as relações de mercado e sua regulação em cada época, desde a Grécia antiga até os dias atuais.

<sup>22</sup> Por não ser objeto de estudo do presente trabalho, vamos pular propositadamente toda evolução histórica relativa ao período do liberalismo, iniciando a abordagem com a edição do *Sherman Act* e seguindo até os dias atuais.

<sup>23</sup> O *Sherman Act* pode ter sido a norma antitruste mais importante já criada, contudo, credita-se ao Canadá a primeira iniciativa de elaboração de uma lei de defesa da concorrência: o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in Restraint of Trade*, publicado em 1889.

Na segunda metade do século XIX, os Estados Unidos experimentaram diversos eventos que resultaram na transformação da indústria manufaturada. Provavelmente os principais acontecimentos foram a evolução dos transportes e das comunicações, cujo resultado prático foi a formação de um mercado “único” e gigantesco, uma vez que as distâncias foram diminuídas e as barreiras da comunicação transpostas. Esse novo cenário proporcionava aos agentes explorar economias de escala e economias de escopo.<sup>24</sup> O grande problema era que em determinado momento, os agentes econômicos, premidos da necessidade de recuperar os vultosos investimentos realizados à época, passaram a se organizar<sup>25</sup> para combinar preços e dividir mercados, que, por óbvio, permitia uma manutenção da elevada faixa de preços de venda dos produtos e, por consequência, uma recuperação acelerada do capital investido.

A recuperação acelerada do capital investido seria ótima se não fosse em detrimento dos consumidores e da eliminação da concorrência, principalmente das empresas menores que não podiam fazer frente ao abuso do poder econômico dos grandes agentes. Neste contexto, munidos do grande prestígio tinham à época e da premente necessidade de sobrevivência, tendo como única solução inverter o quadro das relações econômicas de mercado que estavam se estabelecendo, os pequenos empresários e os fazendeiros exerceram sua força política e lideraram a criação de leis antitruste em vários estados membros da federação americana, o que mais tarde (1890) deu origem a lei federal de defesa da concorrência conhecida como *Sherman Act* (MOTTA, 2004, p. 3).

O *Sherman Act*<sup>26</sup> elevou à natureza de ilícito todo tipo de combinação, acordo, contrato na forma de truste ou similar, com o objetivo de restrição de comércio ou monopolização sem, contudo, defini-las. Tal fato colocou nas mãos dos magistrados a incumbência de definir os limites do que seria uma cooperação aceitável e uma colusão ilegal, uma competição vigorosa e uma monopolização ilegal (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 20). O *Clayton Act* editado em 1914, teve um papel importante na evolução do modelo adotado pelo *Sherman Act*. Além de elaborar e reforçar seus preceitos, apresentou normas de regulação de preços, negociações casadas e exclusivas, afora coibir a aquisição de ações de empresas

---

<sup>24</sup> Existe economia de escala quando o custo da unidade produzida diminui em relação à quantidade total produzida e entende-se por economia de escopo quando o custo da unidade produzida diminui porque duas ou mais unidades são produzidas conjuntamente.

<sup>25</sup> Os melhores exemplos de acordos empresariais da época eram os cartéis dos transportes e das companhias de petróleo.

<sup>26</sup> Tem como característica fundamental, haja vista as interpretações de seus preceitos feitas pelos magistrados, a transformação de todo tipo de acordo entre empresas concorrentes para fixar preços, restringir ou combinar produção, ou de outra maneira restringir a força da concorrência, como ilícito *per se*. (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 22).

concorrentes com o objetivo de restringir a competição. Na mesma época foi criado pelo Congresso americano o *Federal Trade Commission Act*, órgão antitruste com características de agência reguladora e competência para implementar o direito concorrencial e missão de investigar as condutas anticompetitivas, valendo-se do poder de polícia para expedir atos de cessação.

Aproximadamente na segunda metade do segundo vetor<sup>27</sup> (1919) começa a surgir na Europa, paralelamente a evolução do Direito Concorrencial Americano, o Direito Econômico como instrumento intervencionista e promotor de políticas públicas. Percebe-se que sua origem está intimamente ligada à crise do direito tradicional, às grandes guerras mundiais e, principalmente, a inarredável necessidade de intervenção do Estado na atividade econômica, haja vista a falência do modelo liberal.

Para Fábio Konder Comparato (1968, p. 15), “[...] o direito econômico nasce com a Primeira Guerra Mundial, que representa de fato o fim do século XIX e o superamento de certa concepção clássica da guerra e das economias”. Bagnoli afirma que o:

Direito Econômico está relacionado, intimamente, aos acontecimentos do séc. XIX, sobretudo na sua segunda metade, e início do séc. XX, e encontra na Constituição de Weimar, de 1919, a sua origem, ou seja, a Constituição em que se observa pela primeira vez o Direito Econômico. O Estado, portanto, em sua Lei maior, passava a ditar as regras e princípios para que o fenômeno econômico no mercado encontrasse limites e garantias para atender a sociedade e assegurar a justiça social. Tem-se, assim, o surgimento da teoria jurídica do mercado. (BAGNOLI, 2013, p. 7).

Segundo Paula A. Forgioni (1998, p. 77), no primeiro quarto do século XX alguns acontecimentos modificam a postura do Estado em face da regulamentação e condução da economia. A Primeira Grande Guerra tem seu início em 1914. Os Estados vão compreendendo que a guerra não se ganha apenas no campo de batalha. Pode-se perceber um movimento no sentido de organizar e controlar a economia com foco para os confrontos. Aparece, assim, um surto de regulamentação estatal da atividade econômica, não obstante tenha sido compreendido por muitos como temporário e eventual.

O fim da Primeira Guerra Mundial tem como marco também o surgimento da Primeira República Alemã, por meio da promulgação da Carta de Weimar, que tinha como compromisso a renovação da democracia naquele Estado. A referida Constituição tinha diversos desafios, sendo o principal, indicar a solução satisfatória para o desenvolvimento, haja vista o contexto contraditório de uma sociedade industrial moderna nas exatas condições

---

<sup>27</sup> Divisão didática da evolução do Direito Concorrencial apresentada por Forgioni.

de um pós-guerra de derrota, cujas perdas humanas e econômicas haviam dilacerado o país (BERCOVICI, 2004, p. 26).

A Constituição de Weimar é votada e aprovada em 1919, contendo duas partes. A primeira trata da organização do Estado e a segunda da declaração dos direitos e deveres fundamentais, apresentando, nessa segunda parte, a maior contribuição da Carta para o mundo jurídico (BAGNOLI, 2013, p. 11). Afirma o texto constitucional que as pessoas tem direitos e devem lutar por eles, mas o Estado tem o dever de agir ativamente por meio de políticas públicas e programas de governo no campo dos direito sociais. A partir de então, a constituição traz conceitos de grupos sociais e não mais de indivíduos isolados. Contribui, ainda, trazendo a possibilidade da intervenção do Estado na livre iniciativa da competição nos mercados e na redistribuição da renda pela forma de tributos, com políticas de investimento e distribuição de bens (IHERING, 1999).

Com isso a Constituição de Weimar além de ser a primeira constituição econômica, ela acaba influenciando as demais constituições dos outros países no pós-Primeira Guerra, sendo consolidadas as constituições econômicas<sup>28</sup> na Segunda Guerra Mundial<sup>29</sup>.

Para Gilberto Bercovici:

[...] a experiência histórica da República de Weimar (1918 – 1933) é marcada por um sistema político que perde sua legitimidade e capacidade de funcionamento à medida que é confrontado com crises profundas no tocante à modernização econômica, social e cultural. A situação socioeconômica de estagnação do período de Weimar, marcada por estas inúmeras crises, impossibilitou a existência de uma conjuntura que permitisse a realização dos compromissos constitucionais sociais com o crescimento econômico. O questionamento da legitimidade política da Constituição foi agravado, portanto, com a crise econômica. (BERCOVICI, 2004, p. 21).

Neste contexto dá-se início ao movimento do partido Nacional-Socialista Trabalhador Alemão, mais conhecido como o movimento antissemita nazista, que atribuía culpa aos judeus e estrangeiros pela derrota na primeira guerra e pelo fracasso econômico, ao mesmo tempo em que prometia trabalho a toda a população.

A crise econômica mundial decorrente do chamado “*crack* da Bolsa de Nova Iorque” em 24 de outubro de 1929, foi o que sacramentou o fim da tentativa da República de Weimar de instalar o Estado Social. A insatisfação do empresariado alemão ocasionou uma ruptura no

---

<sup>28</sup> Segundo Vital Moreira, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Constituição Econômica tem por definição um conjunto de regras e princípios positivados no Texto Constitucional de conteúdo econômico que conjuntamente formam um sistema determinante na organização econômica de determinado Estado.

<sup>29</sup> Nesse sentido, corrobora Washington Peluso Albino de Souza, no livro *Primeira linhas de direito econômico*, 2003.

modelo existente e uma aproximação da classe econômica dominante aos nacionalistas-socialistas. Em 1933 Adolf Hitler é nomeado chanceler alemão.

A derrocada da República de Weimar não apagou sua importante contribuição ao mundo jurídico, principalmente ao Direito Econômico. Para Fábio Konder Comparato:

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazifascista e a 2ª Guerra Mundial. (COMPARATO, 2008, p. 192-193).

É, portanto, após a Segunda Grande Guerra que a intervenção do Estado na economia se firmou. Vicente Bagnoli (2013, p.19) afirma que o Direito Econômico reconhece que o Direito formal deve andar junto do Direito aplicado, porquanto, para se alcançar a realidade social, jurídica e econômica, juntamente com a análise conceitual e de categoria deve haver o estudo de técnicas.

Fábio Konder Comparato afirma que:

[...] o direito econômico aparece assim como um dos ramos deste direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formais que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito privado ou na teoria geral do direito público. E sua unidade ou, se preferir, a sua autonomia nos é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado. [...] oxalá a matéria suscite desde logo o interesse que merece por parte dos nossos juristas, de forma a alargar o âmbito dos estudos jurídicos às dimensões dos grandes problemas do nosso tempo. Pois o que está em jogo é algo mais do que um simples aperfeiçoamento doutrinário. É a solução da crise do Direito que perdura há longos anos. É o superamento de uma situação anômala que fez de todos nós, profissionais do Direito, os sacerdotes de uma religião tão esotérica e absurda como o universo de Franz Kafka. (COMPARATO, 1968, p. 25-26).

Já nos Estados Unidos, nessa mesma época (1950), edita-se o *Celler-Kefauver Act*. Trata-se de uma norma antitruste que “[...] incrementou o controle de fusões, banindo a consolidação de bens e estoque, que possibilitavam dominação e permitiam ao governo atacar fortemente integrações horizontais e verticais.” (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 21). Na visão de Gesner Oliveira e João Grandino Rodas “[...] a busca contínua da eficiência em uma economia de mercado e a crescente importância dos economistas que elegeram concorrência como o melhor mecanismo para governar a economia, produziu a convergência da economia e do direito no sistema antitruste norte-americano.” (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 21).

A partir de então os acontecimentos que dão azo a evolução do Direito Econômico e Concorrencial seguem nos Estados Unidos e na Europa com a publicação de diversas outras normas e criação de órgãos antitrustes, que robustecem todo o sistema de defesa da

concorrência, sendo ela não mais um valor em si mesmo, mas um instrumento de implementação de políticas públicas e melhoria do bem-estar social.

### 3.2 DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL

O Estudo do direito concorrencial no Brasil deve ser realizado a luz do Direito Constitucional Econômico. Para se ter um melhor entendimento da evolução da disciplina em nosso país, seria importante estudarmos toda a história brasileira<sup>30</sup> desde o colonialismo até os dias atuais. Contudo, por não ser esse o objeto do presente trabalho, faremos apenas uma regressão dos fatos históricos mais importantes e que de alguma forma marcaram a evolução do direito concorrencial brasileiro.

Iniciaremos, portanto com a Constituição de 1824, também chamada de Constituição do Império, cujo conteúdo carregava toda a ideologia do liberalismo do sec. XVIII, de Adams Smith. A referida Carta consolida a independência política do Brasil trazendo, ainda, como fundamentos o valor da pessoa humana e seus direitos naturais, bem como a limitação do poder político do Estado. Essa limitação do poder estatal afirmava que o Estado deveria se manter afastado da economia, deixando que os próprios agentes econômicos regulassem o mercado, influenciados pela lei da oferta e da procura (BAGNOLI, 2013, p. 50).

Vale a pena destacar alguns trechos do texto da Constituição do Império, os quais ilustram bem o pensamento ideológico econômico à época, especialmente o art. 179.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

[...]

---

<sup>30</sup> Para Paula Forgioni (2014, p. 85) “Não se deve pretender iniciar o estudo da disciplina da concorrência no Brasil partindo já do início do século XX, com o texto dos arts. 115 a 117 da Constituição Federal de 1934. Primeiramente, é necessário delinear a história da implementação de políticas pública em nosso país para divisar a atuação do Estado sobre a economia. Sem a identificação dessa tradição, restam por demais etéreas as inúmeras diferenças entre o atual sistema antitruste brasileiro e alguns ordenamentos alienígenas.”

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação. (BRASIL, 1824).

A Constituição de 1891, chamada de Constituição da República, trouxe grandes avanços no campo político, contudo na seara econômica permaneceu com a mesma ideologia liberal da Constituição anterior, mesmo diante do indicativo de derrocada que o modelo liberal apresentava. O Canadá já havia publicado em 1889 o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in Restraint of Trade*, e os Estados Unidos o *Sherman Act* em 1890, contudo a Constituição da República mantinha os mesmo preceitos e ditames liberais do séc. XVIII.

A Constituição de 1934 foi publicada sob os efeitos dos acontecimentos mundiais à época, pós-Primeira Guerra Mundial e, principalmente, mediante as críticas ferrenhas ao liberalismo, a Constituição do México de 1917, da Revolução Russa de 1917 e da Republica de Weimar em 1919. Esse período se mostra muito importante para o modelo de constituição econômica que seria adotado pelo Brasil. Diversas normas de caráter econômico foram inseridas no texto constitucional de 1934, sistematizando, pela primeira vez, um grupo de direitos e fundamentos sobre o tema, chamado de *Título IV – Da Ordem Econômica e Social*.

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.

Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizado em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. (BRASIL, 1934).

Mais uma vez o Direito Constitucional Brasileiro seguiria a influência do período histórico internacional. Diante do golpe militar e da influência do fascismo e nacionalismo europeu, a Constituição de 1937 foi editada trazendo algumas importantes contribuições para

a ordem econômica. Pela primeira vez se ouviu falar no constitucionalismo brasileiro a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico.” (BAGNOLI, 2013, p. 54). Surgia a ideia de competição com finalidade de promover o bem-estar da nação, cuja responsabilidade passava a ser do Estado. O art. 141 do Texto Constitucional atribui ao Estado a obrigatoriedade de reprimir os crimes contra a economia popular:

Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição. (BRASIL, 1937).

Tem-se, portanto, o surgimento do primeiro texto normativo brasileiro destinado a tutelar a concorrência, o Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938.

Posteriormente adveio o Decreto-lei n. 7.666 de 1945, também conhecido como “Lei Malaia”, tendo em vista as características físicas do autor do projeto, Agamemnon Magalhães<sup>31</sup>. Para Paula Forgioni:

Antes, a regulamentação da repressão ao abuso do poder econômico era efetuada por alguns diplomas legais, diluída pela falta de sistematização. Modificando completamente o rumo, a Lei Malaia disciplina a matéria de forma específica, sistemática, voltando-se de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico. (FORGIONI, 2014, p. 104).

O texto do Decreto-lei representou um grande avanço na técnica legislativa relativa ao direito econômico, podendo ser considerado como a primeira norma sistematizadora da ordem econômica e que veio a influenciar as demais leis que a sucederam. Destaca-se, ainda, que o referido Decreto-lei trazia em seu art. 19<sup>32</sup> a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)<sup>33</sup>, atribuindo a ele, em seu art. 11<sup>34</sup>, diversas competências relativas a regulação e defesa da concorrência.

---

<sup>31</sup> Segundo Paulo Germano Magalhães, filho de Agamemnon Magalhães, seu pai tinha características físicas orientais e, portanto, fora apelidado de Malaio, nome que originou a referida lei.

<sup>32</sup> “Art. 19. A fim de dar cumprimento ao disposto neste decreto-lei, fica criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República.”

<sup>33</sup> A CADE sofre uma enorme resistência da oposição e segundo FORGIONI citando MAGALHÃES órgão chegou a ser qualificado como nazista e sua instituição ameaçava a economia brasileira.

Importante destacar que já nessa época, a ilicitude das práticas anticoncorrenciais era determinada pelos efeitos gerados, sendo desnecessária a análise do elemento subjetivo do agente. Isso era o que previa o art. 1º, I, do Decreto-lei, quando afirmava que era contrário ao interesse nacional:

[...] os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional. (BRASIL, 1945).

Com a queda de Getúlio Vargas no final de 1945, o Decreto-lei n. 7.666/45 foi revogado.

A Constituição de 1946 foi editada em um momento pós-Segunda Guerra Mundial, marcado pela intolerância da comunidade internacional a regimes totalitários, fazendo-se necessário o movimento de redemocratização mundial. Esse mesmo movimento de redemocratização teve suas facetas no Brasil<sup>35</sup>, com a publicação da referida Constituição. Mais do que isso, o art. 145<sup>36</sup> da Carta Magna elencava princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano e, pela primeira vez, uma Constituição brasileira apresentou de forma expressa o princípio da repressão ao abuso do poder econômico em seu art. 148.<sup>37</sup>

Diferentemente da Carta anterior que se preocupava com a repressão dos crimes contra a economia popular, a Constituição 1946 tinha como inspiração as leis antitrustes americanas

<sup>34</sup> “Art. 11. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pela C.A.D.E. os atos, ajustes, acôrdos ou convenções entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, de qualquer natureza ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham efeito:

a) equilibrar a produção com o consumo;

b) regular o mercado;

c) estabilizar preços;

d) padronizar ou racionalizar a produção;

e) estabelecer uma exclusividade de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos da categoria referida neste artigo, já vigente na data dada publicação dêste decreto-lei, deverão ser submetidos à aprovação da C.A.D.E. dentro do prazo de trinta dias.

§ 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem aprovados pela C.A.D.E. ou não lhe forem apresentados no prazo regulamentar, tornar-se-ão nulos e de nenhum efeito.”

<sup>35</sup> Observe o que diz o preâmbulo da Constituição 1946: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil.”

<sup>36</sup> Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

<sup>37</sup> Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Segundo Paula Forgioni (2014, p. 107), alguns doutrinadores liderados por Pontes de Miranda já afirmavam que o princípios da repressão ao abuso do poder econômico se encontrava implícito nas Constituições de 1934 e 1937.

e, por consequência, seu foco principal era a repressão ao abuso do poder econômico (BAGNOLI, 2013, p. 57). Ainda sob a égide da Constituição de 1946 e inspirado no Decreto-lei n. 7.666/45, elabora-se o Projeto de Lei n. 122<sup>38</sup>, que somente veio a ser aprovado em 10 de setembro de 1962<sup>39</sup>, quando deu origem, portanto, a Lei n. 4.137.

A Lei 4.137/62, em seu art. 8º cria o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica com competência para apuração e repressão ao abuso do poder econômico e, ainda, regulamenta o art. 148 da Constituição de 1946. Uma característica importante da lei é que ela caminhou no sentido contrário ao disposto no Decreto-lei n. 7.666/45, no que diz respeito à caracterização dos ilícitos com base apenas nos efeitos. Essa mudança de entendimento foi para corrigir uma suposta insegurança jurídica quando da aplicação da norma.

Naquela época já se discutia se o rol de ilícitos concorrenciais descritos na norma antitruste era exaustivo ou exemplificativo. Alberto Venâncio Filho (1998) cita o parecer do Procurador-Geral do CADE que afirma que o rol não era taxativo e que a Lei fornece apenas um roteiro, o caminho, a estrada para que se faça a apuração pelo órgão antitruste. Essa discussão foi importante principalmente no caso do julgamento da ATBIAV – Associação Técnica Brasileira de Indústrias Automáticas de Vidro a qual fora absolvida da prática de *dumping* por falta de prova quanto à materialidade, contudo fez-se constar no julgamento que o fato da conduta intitulada de *dumping* não estar expressamente capitulada no rol de ilícitos da norma, não tira sua natureza antijurídica. Ressalta-se, contudo, que esse posicionamento não se transformou em precedente a ser seguido pelos casos posteriores.

Outros preceitos e orientações trazidos pela norma merecem destaque. As associações de empresas somente seriam consideradas ilegais se acarretasse resultado ou objetivo

---

<sup>38</sup> Mais um projeto de autoria do Deputado Agamemnon Magalhães.

<sup>39</sup> Dentro desse período (1946 a 1962) foi publicada a Lei nº 1.521, em 26 de dezembro de 1951, que muito embora tivesse como função alteração dos crimes contra a economia popular, seu texto trazia também regras tipicamente de defesa da concorrência. (FORGIONI, 2014, p. 109).

tipificado na lei. A norma também autorizava a prática de condutas restritivas, mediante análise prévia, conforme art. 74<sup>40</sup>, sendo o caso de maior repercussão o da *holding* Autolatina.

O grande problema da Lei nº 4.137/62 foi na verdade a sua falta de exequibilidade, ou melhor, de eficácia material. O momento político econômico vivido pelo Brasil à época era, na verdade, um contrassenso aos preceitos que fundamentavam a norma.<sup>41</sup> Havia um paradoxo entre a defesa da concorrência e o controle econômico concentrado nas mãos do Estado.<sup>42</sup> Além do mais, segundo Forgioni:

Um dos principais problemas enfrentados na concretização das disposições da Lei 4.137 pelo CADE derivou da atuação do Poder Judiciário, agindo para salvaguarda das garantias individuais dos cidadãos constitucionalmente asseguradas. A grande maioria das decisões do Conselho acabou por ter seus efeitos suspensos em decorrência de mandados de segurança impetrados pelas empresas condenadas na esfera administrativa. [...] Em virtude dessa aplicação bastante diluída e quase ineficaz, o CADE passa a ser visto pelo empresariado (e mesmo pela população) como órgão quase inoperante ou que, se fazia algo, não era de muito relevo. (FORGIONI, 2014, p. 117).

Passado o período militar, a Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, deu início a Assembleia Constituinte que se instalou em 1º de fevereiro de 1987, promulgando posteriormente a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, tendo sido apelidada de Constituição Cidadã. O texto fundamental destaca-se pelo aspecto social e pela importância que dá ao indivíduo e, no campo econômico, atribui ao Estado um novo foco para o desempenho de suas funções. A Carta, principalmente quanto aos seus aspectos econômicos, deve ser interpretada no conjunto de sua obra, ou seja, sistematicamente em face de todas as outras disposições do texto constitucional e não apenas em relação ao Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, visto que os princípios e

---

<sup>40</sup> Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;
- d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

<sup>41</sup> Segundo Forgioni (2014, p. 119), essa afirmação deve ser vista com cautela, pois em princípio, “nada há de contraditório na existência (e efetiva aplicação) de uma lei antitruste e eventual política concentracionista. [...] A análise de algumas manifestações do CADE no período de vigência da Lei 4.137 demonstra que a aparente “contradição”, se existia, foi superada no processo de interpretação e aplicação do texto normativo.”

<sup>42</sup> Corrobora-se esse entendimento pelo número de julgamentos proferidos pelo CADE entre 1962 e 1975, apenas 11. (MAGALHÃES, 1976, p. 45 e ss.).

objetivos da política econômica estão dispostos em diversos outros tópicos, constituindo assim o que chamamos de Constituição Econômica do Brasil (BAGNOLI, 2013, p. 64).

O art. 170 da CRFB/88 afirma que ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social dos princípios da propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência e defesa do consumidor. O parágrafo único do mesmo artigo traz o princípio da livre iniciativa destacando que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Um dos dispositivos mais importantes expressos no texto constitucional se refere ao disposto no art. 173, §4º, cujo conteúdo afirma 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.

Diante de um novo momento histórico e uma nova conjuntura econômica instalada no Brasil, haja vista a redemocratização brasileira e promulgação da Constituição de 1988, fazia-se necessário a atualização das normas de defesa da concorrência. Sendo assim, em 1994 foi editada a Lei nº 8.884. A referida Lei instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto pelo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculado ao Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Além de instituir o SBDC, a Lei 8.884 sistematizou toda a matéria concorrencial, tendo como resultado a consolidação do controle das concentrações empresariais, a consolidação do controle dos carteis, o aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE e o aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste (FORGIONI, 2014, p. 124).

Por fim, em 2011, foi editada a Lei nº 12.529, também conhecida como a Lei do Super CADE. Do ponto de vista do direito material, as alterações trazidas pela norma não representaram uma mudança significativa, conquanto a nova norma trouxesse em seu texto uma importante alteração estrutural do SBDC. Em seu art. 3º afirma que o SBDC será formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Ainda, extinguiu a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça incorporando todas as suas funções ao CADE –

mais especificamente a Superintendência Geral<sup>43</sup> – que por força do disposto no art. 5º passou a ser composto pelos seguintes órgãos: I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos. Ainda quanto à estrutura, houve significativo aumento de recursos materiais a disposição do órgão antitruste, visto que foram criados duzentos novos cargos de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e destinada ao CADE.

Afora a reestruturação do SBDC, podemos citar algumas outras inovações dadas pela Lei 12.529:

- a) análise prévia dos atos de concentração. Conforme dispõe o §§2º e 3º do art. 88, o controle dos atos de concentração será prévio e não podem ser consumados antes de apreciados pelo órgão antitruste, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 da mesma Lei;
- b) muda o critério de cálculo das multas a serem aplicadas por infração à ordem econômica. Ao invés da aplicação de 0,1% a 30% do valor do faturamento bruto no último exercício, a aplicação passa a ser 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial<sup>44</sup> em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida<sup>45</sup>, quando for possível sua estimação;
- c) redução de prazos para análise dos processos que versem sobre atos de concentração. O § 2º do art. 88 dispõe que o controle dos atos de concentração de que trata o *caput* será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. Tendo em vista a

---

<sup>43</sup> Destaque para a Superintendência Geral - SG que além de incorporar as funções da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, teve suas atribuições ampliadas, visto que antigo órgão a penas emitia pareceres não vinculativos, já a SG tem competência para requisitar informações e documentos necessários, decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório, instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas, propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento, dentre outras.

<sup>44</sup> O faturamento é apenas no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração e não sobre o faturamento inteiro do grupo em caso de ter atividade em outros ramos.

<sup>45</sup> A multa nunca será inferior a vantagem auferida. Pode ocorrer de uma empresa ter um faturamento insignificante no ano anterior ao de instauração do processo administrativo, mas ter auferido uma enorme vantagem nos anos posteriores em face da consulta ilícita. Sendo assim, a multa terá como parâmetro mínimo o valor da vantagem auferida.

dinâmica da economia e a necessidade de se resolver as questões de atos de concentração de maneira urgente, a Lei impôs um limite de prazo para que o órgão de defesa da concorrência termine seus trabalhos de análise. Conforme consta no §9º, do mesmo artigo, o referido prazo pode ser dilatado uma única vez em 60 dias ou 90 dias, a pedido das partes ou por decisão fundamentada do tribunal respectivamente. O descumprimento desse prazo pelo órgão acarreta a aprovação do ato de concentração.

Observe, portanto, que o Direito Concorrencial sofreu grande evolução no mundo e no Brasil, e não se pode olvidar que ainda estamos muito distante de uma normatização ideal. Temos ainda muito que evoluir, principalmente, no que diz respeito às restrições verticais, as quais passaremos agora a fazer um breve exposição.

## 4 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS

Duas foram as formas de repressão ao abuso de poder econômico previstas no direito antitruste brasileiro: o controle de estruturas – incluindo fusões, aquisições e *joint ventures* que aumentam a participação de mercado de um agente econômico – e a repressão a condutas verticais e horizontais prejudiciais à concorrência. Como já foi referido, este trabalho limita-se ao estudo de condutas verticais, apenas – excluindo-se a análise do controle de estruturas e de condutas horizontais.

### 4.1 CONCEITO DE RESTRIÇÕES VERTICAIS

Restrições verticais são: “acordos entre uma empresa dominante fornecedora de um produto ou serviço e seus clientes ou parceiros pelos quais existe uma restrição da possibilidade destes últimos de adquirirem produtos ou serviços de empresas rivais da dominante”.<sup>46</sup> A literatura brasileira não diverge desse entendimento (FORGIONI, 2007).

A doutrina europeia ao definir restrições verticais não infere, em primeira análise, conteúdo axiológico negativo ou positivo sobre as condutas. Apenas afirma que se referem a contratos de vários tipos entre firmas de diferentes estágios verticais da produção, com a finalidade de reduzir custos de transação, garantir estabilidade e coordenar ações conjuntas (MOTTA, 2004, p. 302).<sup>47</sup>

No plano legislativo, as restrições verticais são, nos termos da Resolução n. 20 de 1999 do CADE: “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva”.<sup>48</sup>

Essa definição legal, para ser bem compreendida, depende do entendimento prévio de dois conceitos importantes para a incidência do suporte fático da norma nos atos econômicos de restrição vertical empresarial a saber: a) o de restrição; e b) e o de restrição vertical.

Para haver uma restrição para os efeitos legais, é preciso a concorrência de três componentes: em primeiro lugar, é preciso haver algum grau de imposição (derivado da posição dominante de uma das partes); em segundo lugar, a medida deve ser uma limitação à liberdade da parte que sofre a imposição (e.g., contratação de empresa concorrente da

<sup>46</sup> “*Agreements between a dominant supplier and its customers that restrict the ability of those customers to buy from the dominant firm’s rivals (hereafter, ‘vertical restraints’)*”.

<sup>47</sup> “*Firms at different stages of the vertical process do not simply rely on spot market transaction, but sing contracts of various types in order to reduce transaction costs, guarantee stability of supplies, and better coordinate action.*”

<sup>48</sup> Resolução 20/99 do CADE, Anexo I, p. 4.

dominante); por fim, é preciso que essa limitação à liberdade de uma das partes tenha por efeito (ainda que potencial) restringir a concorrência.

A ideia de coação está vinculada à *imposição* de um limite por um agente a outro. Ou seja, restrições envolvem necessariamente alguma medida de força. Veremos mais adiante as possíveis formas de manifestação dessa coação, sendo a principal, sem dúvidas, a existência de poder de mercado por uma das partes. Há forte presunção de eficiência econômica quando as partes são livres para contratar. No entanto, existem falhas de mercado e nem sempre esta presunção se verifica concretamente. A presença de empresa dominante é uma destas situações que pode alterar a presunção de eficiência da liberdade contratual, de modo que esta pode impor restrições a seus clientes sem que o benefício dessa prática seja sentido no mercado.

Já a limitação da liberdade da parte que sofre a restrição significa que ela tem suas possibilidades restringidas pela parte contrária. Essa limitação de liberdade pode se dar de um sem-número de modos, mas há seis tipos de restrições que, por sua gravidade ou ubiquidade, se destacam. São elas: a restrição dos preços de revenda, a cláusula de exclusividade, a venda casada, as restrições territoriais, as discriminações de preço e a recusa de contratar.

Ainda, é preciso que a medida restrinja não apenas a liberdade de umas das partes, mas também a concorrência, independentemente de os partícipes do acordo atuarem ou não no mercado afetado. Estes são os efeitos propriamente nocivos de fechamento do mercado (“*foreclosure of the market*”). O art. 36 da lei nº 12.529/11 esclarece o significado de restrição à concorrência, conforme será visto *infra*. Por enquanto, basta apontar a existência de duas amplas categorias de acordos verticais: a primeira, temos aqueles que afetam a competição entre diferentes marcas (*interbrand competition*); e a segunda, há acordos que afetam a competição entre diferentes distribuidores de um mesmo produto (*intrabrand competition*) (SILVA, 2000, p. 34).

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 público (Caso EMDEC<sup>49</sup>; Caso AHESP<sup>50</sup>)

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, 2008, p. 418). O exemplo clássico é um acordo de exclusividade celebrado entre uma empresa produtora de bens manufaturados e suas distribuidoras, segundo o qual estas devem comercializar apenas produtos daquela.

Para a doutrina americana:

*The production process occurs at several different stages. Steel production requires, for example, that coke and iron are be mined and transported to the mills, that ingot be made, that ingot be rolled into usable forms, that such forms be manufactured into automobiles or appliances, and that the end products be distributed through jobbers, wholesalers, and retailers to consumers. These several stages in the course of production and distribution are customarily described as separate “levels” of production a visualized in a vertical relationship (as contrasted to the “horizontal” image of coal mines competing inter se). (ARREDA, 1974, p. 498).*

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 AHERJ<sup>51</sup> (2002), 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 Claro<sup>52</sup> (2004), 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 a cooperativa. Não é possível retirar uma resposta definitiva a partir dessa decisão, mas o Superior Tribunal de Justiça deixa a entender que não há uma relação vertical entre as partes

<sup>49</sup> Processo Administrativo nº 20/92, j. 24.8.1994.

<sup>50</sup> Processo Administrativo nº 62/92, j. 9.11.1994.

<sup>51</sup> Processo Administrativo nº 08000.008365/1995-00, Rel. Cons. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, j. 19.6.2002.

<sup>52</sup> STJ, REsp 261.155-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/03/2004

nesse caso, visto que a cooperativa angaria contratos de prestação de serviços *em prol* dos próprios médicos dela integrantes, não havendo aí oposição de interesses.

Ainda que essa não seja uma discussão superada, parece-nos seguro propor um teste para verificar a existência de uma relação vertical entre as partes. Trata-se de examinar se o exercício de atividades das empresas em análise se encontra em estágios diversos de uma mesma cadeia de produção.

#### 4.2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO COMPARADO ACERCA DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS

Neste tópico apenas introduziremos o tema do direito comparado, traçando um paralelo entre a evolução do entendimento americano e europeu, de maneira que nos tópicos seguintes retornaremos à doutrina e à jurisprudência brasileira com maior riqueza de detalhes.

A experiência europeia é particularmente interessante para o Brasil por uma série de razões, dentre elas as de que: (a) ele foi uma das fontes normativas brasileiras, ao instituir a figura do abuso de posição dominante, que é essencial para caracterização de um ilícito concorrencial de restrição vertical, como será visto mais adiante; (b) ele é um direito relativamente novo, e, portanto, sua evolução pode ser mais facilmente acompanhada; (c) por ser ele feito *ex novo* e no seio da Comissão Europeia e não dentro de tribunais, ele acaba sendo mais permeável às discussões acadêmicas do que nos Estados Unidos, cuja evolução do sistema depende de um litígio, que pode tomar tempo e não necessariamente chegar a um veredito final que sirva de precedente; (d) a possibilidade de servir como modelo comparativo para eventual modernização da legislação brasileira, particularmente da Resolução nº 20 de 1999 do CADE.

As restrições verticais são, hoje, objeto de enorme controvérsia na doutrina e jurisprudência comparada. Este debate, que já foi considerado o mais controverso do direito antitruste (ROSS, 1993, p. 224) reflete-se, por via de consequência das circulações de modelos jurídicos e acadêmicos, na literatura nacional e nas decisões do CADE. Com efeito, há uma discussão também no Brasil no que tange à real capacidade dessas práticas gerarem efeitos benéficos ou nocivos à concorrência.

A visão da doutrina sobre o tema das restrições verticais variou bastante ao longo do tempo – e que mesmo economistas, apesar de se valerem de métodos científicos analíticos,

também tiveram seus paradigmas revisados, como não poderia deixar de ser diferente<sup>53</sup> – e a posição predominante na doutrina e jurisprudência comparada 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). Nesse diapasão, 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), de acordo com o qual uma empresa determina o preço de revenda do bem, não são ilegais *per se*, devendo ser submetidos à regra da razão (HOVENKAMP, 2010). Mas em linhas gerais, a roda girou todo o seu percurso e se chegou a uma situação de análise caso a caso das ilicitudes antitruste, como é o padrão daquele país. Ao passo que na União Europeia, chegou-se também a mesma solução, em 20 de abril de 2010, com a edição do Regulamento nº 330/2010, que enumera as condições necessárias para tornar lícitas as restrições verticais.

A situação não é muito diferente no Brasil no plano legislativo e jurisprudencial, vale dizer, atingiu-se uma posição de análise casuística e baseada nos efeitos da restrição, orientada pela régua da razoabilidade da conduta (FORGIONI, 2007). Aqui, as restrições verticais eram tema relativamente pouco debatido até o início da década de 1990 (SILVA, 2000, p. 35). Mesmo o CADE decidiu, em 1989, sob a égide da Lei nº 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 verticais (Caso Coca-Cola, 1989). Contudo, nos últimos 15 anos, e em especial após a promulgação da lei nº 8.884/94 e com a realidade da globalização econômica e da abertura do mercado brasileiro (SALGADO, 1993), o CADE decidiu casos importantes sobre o tema e se mobilizou para estabelecer regras procedimentais e métodos de avaliação a respeito de acordos verticais restritivos à concorrência. Talvez com algum ineditismo normativo, o CADE emitiu em 1999 a Resolução nº 20, estabelecendo, como se verá, o procedimento para análise das restrições verticais valendo-se daquele critério da razoabilidade e tendo como pressuposto teórico a economia dos custos de transação. Em 2009, o assunto atingiu os jornais quando o CADE

---

<sup>53</sup> “[...] paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, 1991, p. 13).

condenou a AmBev, no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, a pagar uma multa sem precedentes na história do direito antitruste brasileiro, por considerar que ela celebrou acordos restritivos verticais ilegais com seus distribuidores.

Com as premissas teóricas e históricas já desenvolvidas nos tópicos precedentes, esse trabalho busca a partir deste ponto fazer a revisão bibliográfica da literatura brasileira sobre as normas nacionais acerca as restrições verticais e, ainda, um levantamento dos casos julgados tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo CADE relativos à matéria. Nesse ponto, isto é, da doutrina subjacente às restrições verticais, não há muita divergência entre a doutrina nacional e estrangeira na recomendação de uma análise casuística e baseada nos efeitos, talvez pelo fato de aqui o direito antitruste ter se protegido ou encapsulado frente ao Direito Constitucional, evoluindo como um verdadeiro microssistema (SCHUARTZ sobre desconstitucionalização do antitruste e Irti sobre microssistema). Apenas alguns autores ainda resistem à utilização estrita de ferramentas da análise econômica no exame da legislação antitruste (GRAU, 1997).

#### 4.3 O TRATAMENTO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, há três fontes normativas principais para o tratamento normativo das restrições verticais:

- a) A Constituição Federal (CRFB);
- b) A Lei nº 12.529/2011 (LA);
- c) A Resolução nº 20/1999 do CADE.

Embora o debate do direito antitruste, como já mencionado, ocorra fora dos parâmetros estritamente constitucionais (SCHUARTZ, 2001) é importante apenas referir que qualquer direito antitruste moderno depende de uma ordem constitucional de livre mercado, pois suas normas pretendem justamente fazer funcionar o mercado, removendo suas falhas. Nesse sentido, 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 (TIMM, 2012). Podemos dizer ainda que liberdade de iniciativa significa que os agentes privados são livres para realizar qualquer negócio ou exercício de profissão, ainda que estejam limitados a se sujeitar aos regulamentos aplicáveis (GRAU, 1997, p. 225). Como não existe liberdade sem

regras, aí entra pontualmente a legislação concorrencial, isto é, para proteger a liberdade de atuação dos agentes econômicos, removendo falhas que pudessem restringir essa liberdade de mercado, sendo o abuso de posição dominante uma das principais delas.

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 Fábio 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 do bem-estar dos consumidores.

A 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 possuem poder econômico, a fim de salvaguardar a concorrência no mercado brasileiro. Essa aparente antinomia deve ser resolvida com referência à interpretação sistemática dos princípios constitucionais (FORGIONI, 2009, p. 154). Essa foi a solução do CADE no Caso Sharp<sup>54</sup> (1993), 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 macro em que a todos se assegura o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem qualquer restrição por parte de concorrentes poderosos”.

Em resposta ao mandamento constitucional do art. 173, §4º da CRFB, o legislador infraconstitucional promulgou, em 1994, a lei nº 8.884, totalmente revogada pela nova lei do CADE, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, cujo art. 1º estabelece que:

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

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, a caracterização de posição dominante).

---

<sup>54</sup> Processo Administrativo nº 01/91, Rel. Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, j. 28.5.1993. Ver também a decisão no caso Fiat/Transauto, Processo Administrativo nº 31, Rel. Cons. Neide Terezinha Mallard, j. 06.10.1993, **Revista do IBRAC**, v. 2, n. 1, fev. 1995, p. 82.

Além da Lei nº 12.529/11 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 e de conferir maior segurança jurídica aos agentes privados que se submetem às suas decisões. A análise das decisões do CADE mostrará, contudo, que apesar de uma aparentemente uniformidade e previsibilidade de entendimento desse Órgão, um exame detalhado dos casos permitirá enxergar certa inconsistência de algumas decisões e até mesmo um julgamento apressado da ilegalidade da conduta, sem efetivamente cumprir rigorosamente o teste previsto na legislação à luz da literatura econômica mais contemporânea. Essa análise também demonstrará que a vagueza semântica da legislação antitruste e sua natureza antecipatória do futuro (julgamento baseado em efeitos prováveis) acaba gerando imprevisibilidade de julgamentos pela discricionariedade da análise da prova.

É que toda a teoria e prática da prova judicial foram desenvolvidas para reconstrução do passado, mas não para prever o futuro (SANTOS, 1983). O direito antitruste tem esta particular situação de poder julgar atos futuros. A Ciência Econômica, que tem como objeto de estudo a ação humana na acepção clássica de Lionel Robbins (1932), passa a ser ferramenta analítica essencial neste tipo de procedimento – apesar da compreensível resistência de alguns juristas mais afeitos à dogmática jurídica – já que visa justamente prever o comportamento humano baseado na generalidade de observações de comportamentos presentes. E, por isso, a estatística e a econometria são tão importantes para os economistas. Contudo, como o economista Donohue bem observa, não podemos nos iludir com a metodologia e com as formas matemáticas. 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*).

Daí a possibilidade de se pensar em atualizar a Resolução CADE nº 20/99 para, com base nos *Guidelines Europeus*, explicados no Capítulo anterior, chegar-se a uma orientação mais precisa e detalhada sobre este assunto como na utilização do teste “*as efficient competitor*”. Se a Ciência Econômica atingiu níveis elevados de prestígio social e acadêmico (texto de Tullock sobre imperialismo econômico), 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, devendo-se até pensar em um modelo de ficções e presunções na ausência de prova de

efeitos líquidos negativos de uma determinada restrição vertical no intuito de facilitar a decisão do Órgão julgador como já se fez em outros ramos do Direito inclusive.

Essas três fontes foram ordenadas em ordem de importância. No entanto, a Resolução CADE nº 20/99, por ser mais específica e detalhada, será tomada como ponto de partida em nossa avaliação, em especial na parte que delinea os requisitos para a configuração de uma prática restritiva vertical *ilegal*. Esses pressupostos são os seguintes:

1. caracterização da conduta;
2. análise das condições estruturais e/ou institucionais;
3. ponderação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências da conduta.

Apresentamos a seguir esses três passos individualmente.

#### **4.3.1 Caracterização da conduta**

O ponto de partida para compreender o tratamento dado às condutas verticais é o art. 36 da lei nº 12.529/11. Como veremos a seguir, o art. 36, I, II, III e IV tem proeminência na determinação do ilícito antitruste, deixando o §3º no plano de fundo. Por esta razão, analisaremos primeiramente a sistemática do art. 36 e seus incisos, em seguida a lógica do §3º e, posteriormente, concluiremos com uma lista de três elementos que devem ser levados em conta nessa análise.

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

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

Para 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. 36. Não há identidade necessária entre tipo de restrição e ilícito do art. 36 (Salomão, 2007:221). Portanto, é essencial compreender a estrutura e *ratio* do art. 36, além das críticas que são a ele dirigidas.

De acordo com Sergio Bruna (1997:112), a inclusão do inciso II no artigo 36 (“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 preveem 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; 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. 36. Tal prática seria uma consequência 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.

Por fim, Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 61) e José Franceschini (1995, p. 45) afirmam que o inciso IV do artigo 36 (exercício abusivo de posição dominante) não deveria ter sido incluído na lista de infrações da ordem econômica. São apresentados dois argumentos para suportar essa alegação. Em primeiro lugar, a falta de previsão dessa hipótese no art. 173 da Constituição Federal. Em segundo lugar, os incisos I, II e III já seriam formas de abuso de uma posição dominante, o que tornaria o inciso IV redundante. Essa posição parece-nos incorreta. Primeiro porque, a CRFB utiliza o termo “abuso de poder econômico”, repetido no art. 1º da lei nº 12.529/11, e que é utilizado distintamente do termo “abuso de posição dominante”, este mais restrito. Segundo porque, o argumento de que as outras hipóteses do art. 36 estão englobadas na hipótese do inciso IV não se coaduna com a interpretação que o CADE dá à hipótese do art. IV, como se depreende do trecho acima destacado. No trecho trazido, percebe-se que podemos dividir as infrações à ordem econômica em duas situações: quando o agente limita a concorrência em busca de maior *market share* e quando o agente abusa de sua posição dominante, em prejuízo não da concorrência no mercado em que atua, mas daqueles que procuram bens e serviços nesse mercado.

Seguimos assim interpretação de Silva (2000, p. 38-9), que propõe que a interpretação de que o art. 36 da Lei n. 12.529/11 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)<sup>55</sup>. 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. Sendo que, como visto, o inciso IV será mais relevante, pois é situação mais freqüente no controle das restrições verticais.

Passaremos agora para a análise do §3º do art. 36, da Lei n. 12.529/11. Esse dispositivo legal apresenta uma lista não exaustiva de dezenove 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 XI), discriminação de adquirentes ou fornecedores por meio da fixação diferenciada de preços (inciso X), imposição de preços de revenda (inciso IX) e vendas casadas (inciso XVIII).

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 §3º (“[a]s seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 36 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”), 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 §3º serve apenas para ilustrar atos que *podem* ser considerados ilegais, desde que se enquadrem nas exigências do art. 36. Reciprocamente, uma conduta é ilegal se estiver em desacordo com o art. 36, ainda que não esteja listada no §3º (ver Voto de Celso Campilongo no Caso Directv<sup>56</sup>, p. 9).

Assim, concluímos que devemos concentrar os esforços não na verificação da identidade entre a conduta restritiva e alguma hipótese do §3º, mas sim na criação de algum dos efeitos previstos no art. 36, incisos I ou IV (mais especialmente este último para os fins desta dissertação).

---

<sup>55</sup> A hipótese do inciso I consiste em medidas como o aumento dos custos dos rivais, introdução de barreiras à entrada de novos agentes, vendas casadas e outras medidas que afetam negativamente a competição naquele mercado. Já o abuso de posição dominante possui conceito menos delineado. O CADE, mais de uma vez, já determinou, por exemplo, que a suspensão de um benefício voluntariamente concedido sem contraprestação direta (*consideration*) não constitui abuso de direito (caso Volkswagen - Processo Administrativo nº 78, j. 4.2.88 e Processo Administrativo nº 81, j. 15.9.88).

<sup>56</sup> Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Rel. Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. 20.6.2001.

Passamos agora à análise de 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) probabilidade de geração de efeitos.

Em primeiro lugar, o enquadramento de uma conduta em uma das hipóteses do art. 36 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 (ver Caso Kibon<sup>57</sup>). Ou seja, 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. 36, o primeiro requisito para 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 essencial provar a culpa do agente (Caso Plumbum<sup>58</sup>, de 1988). Após a promulgação da Lei n. 8.884/94 e posteriormente da Lei n. 12.529/11, graças à linguagem utilizada no *caput* do art. 36 (“constituem infração econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestos, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”), a situação inverteu-se (ver Caso AHESP<sup>59</sup> de 1994; Fonseca, 1995).

Calixto Salomão Filho (2007, p. 96-97) afirma que a caracterização da ilicitude prevista no art. 36 da Lei nº 12.529/11 prescindir da intenção do agente. Ele faz, porém, uma ressalva: essa intenção está presente não na vontade deste agente, mas sim na potencialidade de atingir efeitos anticoncorreciais, objetivamente avaliada através dos atos da empresa. Ele argumenta que, dada a racionalidade dos atores econômicos, a intenção implica a possibilidade de causar as consequências 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 sabia ou que deveria saber. Nesse caso, como alerta a doutrina, a busca do objetivo do agente

---

<sup>57</sup> Voto na Sindicância nº 58, j. 2.7.87.

<sup>58</sup> Processo Administrativo nº 82, j. 7.7.88. “O abuso de poder econômico previsto no art. 2º, I, ‘g’ da lei 4.137/62 (“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.”

<sup>59</sup> Voto do Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, falando sobre a sistemática da Lei nº 8.884/94: “não se requer, para a configuração da ilicitude da conduta, a presença necessária do elemento subjetivo, ou seja, a caracterização de dolo ou culpa dos agentes causadores”.

econômico visa perquirir da lógica econômica da ação, de modo que a ausência de explicação da racionalidade do ato, poderia induzir seu propósito abusivo (FAGUNDES, 2007).

Essa consideração leva-nos ao último elemento a ser analisado: a potencialidade de ocorrência dos efeitos listados no art. 36. 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. Reiteramos – nessa fase do processo antitruste, cabe apenas a verificação da potencialidade de que efeitos deletérios à concorrência venham a ocorrer.

Em conclusão, identificamos 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. 36, 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 §3º.

#### ***4.3.2 Análise das condições estruturais e institucionais***

Em seguida, é preciso analisar mais a fundo a probabilidade do ato de restrição vertical em questão gerar os efeitos descritos no art. 36. Para tanto, é preciso verificar as condições estruturais e institucionais que influenciam essa potencialidade. Aqui, devemos canalizar nossos esforços apenas na questão que identifica os fatores que devem ser levados em conta.

Cada fonte normativa indica respostas diferentes a essa questão. A CRFB faz menção ao “abuso do poder econômico”, o que indica que é necessária a verificação do poder econômico da representada. 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 n. 12.529/11 faz apenas referência ao “abuso de posição dominante” no inciso IV do art. 36. Mais adiante, o §2º do mesmo artigo, estabelece que há posição dominante “sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante”. (BRASIL, 2011).

Por fim, a Resolução 20/99, ao apresentar critérios para a 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) estimativa do *market share* relativo do agente; (c) verificação das condições concorrenciais efetivas e potenciais (barreiras à entrada, importações, grau de rivalidade do mercado) para a imposição de restrições ilegais. Ou seja, conforme a referida Resolução, não há identidade automática entre um alto *market share* e a existência de poder de mercado.

Resta ainda elucidar uma questão terminológica, qual seja, 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, identificamos 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 nº 12.529/11, significando, de forma ampla, todo ilícito antitruste.

Já os termos “posição dominante” e “poder de mercado” possuem acepção mais técnica. A expressão *poder de mercado* não é utilizada na Lei nº 12.529/11, mas aparece frequentemente na Resolução CADE n. 20/99. Ela deve ser entendida como a *capacidade* de alterar o preço de mercado de um bem ou serviço.<sup>60</sup> A doutrina identifica poder de mercado com impermeabilidade às leis do mercado (FERRAZ, 1997, p. 26; FORGIONI, 2008, p. 318). Isso significa que o agente possui independência em relação a outros agentes concorrentes, o que a permite agir sem levar em conta, necessariamente, o comportamento de outros atores (Caso Fiat, de 1992).

O termo “posição dominante” possui contornos de mais difícil definição. Em uma primeira análise, parecia que a antiga Lei nº 8.884/94 utilizava o termo “posição dominante” distintamente do conceito de “poder de mercado” apresentado acima. Uma leitura rápida da referida Lei levava a crer que a expressão “posição dominante” refere-se à simples participação no mercado, verificado de acordo com o faturamento das empresas que atuam

---

<sup>60</sup> 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.

nele. Isso se depreendia do art. 20, §2º da lei nº 8.884/94, que dispunha: “*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 determinava que a posição dominante seria presumida sempre que a empresa controlasse 20% do mercado relevante em questão.

A interpretação que se dava ao texto da lei anterior nos remetia a tentativa de se classificar o termo “substancial” descrito no §2º, do art. 20, da Lei nº 8.884/94, visto que determinada participação no mercado somente seria substancial 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 fosse adotada, a conclusão lógica seria que a presunção a que se referia o art. 20, §3º seria apenas *juris tantum*, relativa. Logo, presumia-se que um agente possuía posição dominante (= poder de mercado) sempre que ele detivesse 20% ou mais de um mercado relevante, sendo que essa presunção ficaria aberta a prova em contrário, em casos em que o agente não tivesse independência *vis-à-vis* outros agentes do mercado.

Com o advento da Lei n. 12.529/11, os dispositivos legais acima referidos tiveram suas redações alteradas, dando indicativos ainda mais claros de aproximação dos conceitos de posição dominante e poder de mercado. Atualmente, encontra-se esse conceito no art. 36, §2º, cujo teor afirma que “*presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado*” – o que poderia ser entendido como poder de mercado – “*ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante*” – o que se supunha posição dominante.

Sendo assim, o melhor entendimento consiste em crer que no conceito de posição dominante está contido o poder de mercado. Explico. Posição dominante é tanto a capacidade de uma empresa ou um grupo de empresas alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições do mercado, quanto controlar 20% ou mais do mercado relevante. Já poder de mercado é apenas a capacidade de uma empresa ou um grupo de empresas alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições do mercado. Isso quer dizer que sempre que um agente econômico exerce o poder de mercado é porque ele tem posição dominante, mas nem sempre que ele tem posição dominante ele poderá exercer o poder de mercado.

Assim, para efeito da análise das restrições verticais, o segredo está em definir quando uma empresa é capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado e não simplesmente calcular o seu *market share*.

O poder de mercado é requisito necessário para a configuração de restrições verticais ilícitas (GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 129). Nesse sentido, a Resolução n. 20/99 do CADE afirma ser necessária, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem” de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência.<sup>61</sup> O próprio CADE já confirmou essa posição, ao decidir: “*Não se pode infringir a ordem econômica quem não disponha de poder econômico capaz de, por seu abuso, restringir ou limitar a livre concorrência no mercado relevante*”.<sup>62</sup>

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). O mesmo requisito de dependência econômica é citado por Forgioni (2008), que entende que, em alguns casos específicos de distribuição – em especial, quando houver exclusividade – não é preciso que haja poder de mercado para possibilitar o abuso de poder econômico. Essa posição foi adotada pelo CADE no caso Autolatina<sup>63</sup>, que envolve a “dependência no caso específico”, e no caso Fiat/UNICAR<sup>64</sup>, em que inexistia “igualdade econômica entre as partes”. Entendemos que 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. Conquanto, na falta de um posicionamento definitivo do CADE sobre a questão envolvendo a necessidade ou não de poder de mercado para caracterização do ilícito, pode-se afirmar que ela continua em aberto.

A conclusão preliminar<sup>65</sup> é a de que a caracterização de uma restrição vertical como ilícita depende da existência de posição dominante, mais especificamente poder de mercado de um dos agentes econômicos envolvidos na prática, além dos outros elementos já tratados anteriormente (*Overall, market share is thus not a proxy for market power, and on its own cannot justify a finding of dominance. Additional factors need to be taken into account*

<sup>61</sup> Resolução nº 20/99 do CADE, p. 3.

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

<sup>63</sup> Processo Administrativo nº 0089/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 29.9.1999

<sup>64</sup> Processo Administrativo nº 08000.017766/1995-35, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 6.10.1999

<sup>65</sup> Ressalvado o posicionamento da doutrina e da jurisprudência citado no parágrafo anterior.

*regardless of whether market shares are very high or not.*<sup>66</sup> *Such factors, for instance, include the absence of barriers to entry or expansion, the presence of countervailing buyer power, etc.*). Essa posição dominante é presumida em caso de existência de 20% do mercado relevante, devendo ser analisado ainda o poder de mercado, e posteriormente sopesar com outros elementos como a existência de concorrentes, barreiras à entrada, nível tecnológico, etc.

#### **4.3.3 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”.

O CADE, desde antes do advento da Lei nº 8.884/94, já aplicava a regra da razão para julgar casos de restrições verticais (Caso Fiat). Após a promulgação dessa Lei Antitruste em 1994, o debate inicial girava em torno do art. 20. A principal dúvida era determinar se qualquer ato que gerasse, ao menos potencialmente, um dos efeitos dos incisos I ou IV, independentemente da intensidade desses efeitos, seria considerado ilegal. Parece pouco razoável condenar uma conduta que gera enormes riquezas sociais, mas que afeta apenas marginalmente a concorrência.<sup>67</sup>

Assim, a doutrina majoritária a época concluiu que o art. 20, §1º<sup>68</sup>, da Lei n. 8.884/94, instituiu a regra da razão ao permitir uma defesa baseada na eficiência (Franceschini, 1995:38; Coelho, 1995:52). Não obstante, alguns autores expressam dúvidas sobre se o art. 20 da Lei n.

<sup>66</sup> See, e.g., Simon Bishop, supra note 35 (“[M]arket share provides only one indicator of a firm’s market power and therefore only provides a poor proxy. Indeed, in many markets [...] even firms with high market shares can be subject to effective competition even from firms with very low market shares. Other factors that need to be taken into account alongside the mere calculation of market shares are the ease with which firms can expand their sales, the ease with which new firms can enter the market.”)

<sup>67</sup> Ver voto-vista da Min. Nancy Andrighi no REsp 261155-SP: “as cláusulas de exclusividade sempre restringem, de alguma forma, o nível de concorrência existente em dado mercado relevante. Um franqueador, por exemplo, frequentemente impede o seu franqueado de comercializar produtos de empresas concorrentes, fato esse capaz de restringir a concorrência. Não se pode considerar nula, entretanto, toda cláusula que restringe a concorrência, porque é da essência dos contratos empresariais restringir a concorrência [...]”

<sup>68</sup> 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.”

8.884/94 institui uma ilegalidade *per se* dos acordos verticais ou exige uma avaliação segundo a regra da razão.<sup>69</sup>

Esse imbróglio foi definitivamente resolvido com a aprovação da Resolução n. 20/99 do CADE, que estabelece diretrizes 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 confirmado pelo STJ no REsp 261.155-SP, em acórdão de relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. A Min. Nancy Andrighi, em voto-vista nesse caso, afirma que a regra da razão “constitui uma forma de interpretação lógica, por meio da qual os efeitos restritivos da concorrência são comparados com os efeitos pró-competitivos.” O CADE adota a mesma posição, sem dissídios nem discussões: restrições verticais somente podem ser avaliadas segundo a regra da razão (Caso Iguatemi<sup>70</sup>, Caso Microsoft<sup>71</sup>). Portanto, não há restrições verticais presumivelmente ilegais no direito concorrencial brasileiro – toda conduta analisada deve ser avaliada de acordo com o princípio da razoabilidade.<sup>72</sup>

Alguns autores, por sua vez, afirmam que não pode haver condutas *imunes* ao controle concorrencial (isenções), por falta de regras específicas nesse sentido (Salomão, 2007:242). 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, 2009, p. 159). Temos assim isenções em bloco, como, por exemplo, as concessionárias de carros (Lei 6.729/79, a “Lei Ferrari”), as atividades sindicais

---

<sup>69</sup> Segundo Paula Forgioni (2009, p. 156), a antiga lei 8.884/94 não institui 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.

<sup>70</sup> Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007

<sup>71</sup> Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/8/2004

<sup>72</sup> Isso não significa, como veremos na parte II deste trabalho, que não haja espaço para presunções, ônus da prova e distintos *standards* de convencimento. 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.

(CLT), o setor portuário (Lei 8.630/93) e o setor financeiro (Lei 4.595/64), que são todas isentas da norma antitruste, naquilo que conflitar com as normas específicas.<sup>73</sup>

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

a) Identificação das eficiências

A Resolução CADE n. 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 pela primeira vez pelo economista britânico Ronald Coase (Coase, 1960) no artigo *The problem of social cost*. Nesse trabalho, Coase faz referência a custos incorridos pelos agentes econômicos para participar em transações de mercado. Nesse sentido, são imperfeições de mercado, ineficiências (pura ineficiência), 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). Este foi o ferramental teórico que permitiu a revisão de alguns conceitos *a priori* da Escola de Chicago, permitindo antecipar alguns efeitos nocivos das restrições verticais, as quais, por este motivo não poderia ser consideradas legais *per se*.

Na Resolução do CADE n. 20/99, há uma lista não exaustiva de justificativas de eficiências para restrições verticais, 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 distribuidores.<sup>74</sup>

A principal discussão dentro desse tema envolve saber quais as eficiências que podem justificar uma restrição vertical. Salomão, por exemplo, afirma que a ideia de eficiência no controle de condutas é mais restrita do que no controle de estruturas. Naquela, a eficiência

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> 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, p. 420). Essa posição não nos parece correta, como a Resolução do CADE n. 20/99 determina.

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” (*sic*). (2007, p. 252).

Essa posição não nos parece correta. Em primeiro lugar, ela traz elementos estranhos a toda literatura antitruste comparada. Em segundo lugar, porque esquece o critério da razoabilidade, que é a grande pedra de toque do direito concorrencial, não mais afeitos a regras *a priori* e formais. Uma correta interpretação do termo eficiência não deve escapar do conceito já assentado na literatura de eficiência econômica ou alocativa<sup>75</sup>, isto é, diminuição de custos e melhor alocação dos bens e serviços na economia, com consequente aumento do bem-estar social. Não há uma ideia autônoma de “eficiência concorrencial”. Ademais, parece-nos que o fundamento da regra da razão, insculpida na norma antitruste, refere-se à eficiência alocativa, pois os ganhos de eficiência seriam gerados por redução de custos, que, por sua vez, confeririam maior *market share* à empresa.

No entanto, a própria legislação brasileira na esteira do art. 54, inciso XXX, da revogada Lei n. 8.884, já adicionava um elemento distributivo ao exigir que as eficiências econômicas fossem compartilhadas com os consumidores, em alguma medida (FAGUNDES, 2007). 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. Embora a ausência de eficiência indicasse a ilegalidade da prática, pois serviria como indício de abusividade.

Nesse sentido, o CADE, na Representação n. 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. No caso em exame, o CADE entendeu existirem eficiências econômicas na conduta investigada.

---

<sup>75</sup> Conceitos clássicos de eficiência: eficiência de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

É também importante citar o Caso Bento Gonçalves<sup>76</sup>, 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. 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”.

Indicamos que há, portanto, 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 líquidos para a sociedade (e.g. preços menores aos consumidores).

Essa posição foi confirmada no julgamento do Caso Microsoft Money<sup>77</sup>, em que o CADE analisou se a venda conjunta do Pacote Office com o software Money constituía venda casada ilícita. 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”. 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

---

<sup>76</sup> Processo Administrativo nº 08012.006899/2003-06, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Raggazzo, j. 22/7/2009.

<sup>77</sup> Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31, Rel. Cons. Thompson Almeida Andrade, j. 19/5/2004.

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” (Caso Iguatemi, Voto-vogal do Conselheiro Prado). 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 (Caso Xerox no Judiciário).<sup>78</sup>

Em conclusão, a Resolução CADE n. 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.

#### b) Identificação dos efeitos anticompetitivos

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. Agora, importa-nos não a potencialidade de geração desses efeitos, mas sim a probabilidade de que eles de fato ocorram. Essa probabilidade será então posteriormente sopesada com as eficiências da medida para determinar se esta é ou não razoável.

A Resolução CADE n. 20/99 não se limita a listas possíveis eficiências de práticas verticais – ela vai ainda mais além e elenca (de forma não exaustiva) possíveis efeitos anticoncorrenciais que pode advir de práticas verticais. Entre eles, estão: facilitação na implementação 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” da prática 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.

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 CADE n. 20/99, os seguintes dados: a proporção do mercado relevante alvo

---

<sup>78</sup> TRF da 1ª região, Medida Cautelar nº 2000.01.00.000454-3/DF, 5ª Turma, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 22.10.01.

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 substituibilidade 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.

Quando se faz referência à probabilidade, é preciso sempre ter certo cuidado. O fato de que o efeito não ocorreu de fato não significa que havia probabilidade baixa de ocorrência, e o mesmo vale no caso inverso, quando o efeito surgiu. No caso Cargil Citrus<sup>79</sup>, 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.” 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).”

Aqui, como já visto, reside uma das grandes particularidades do direito antitruste, e, conseqüentemente, das suas dificuldades. Como ele lida, neste ponto, com riscos futuros, a teoria jurídica tradicional não tem elementos bem desenvolvidos para o tratamento da prova dessa probabilidade. Qual o critério a ser utilizado sobre esta probabilidade? A experiência do homem médio, que, mesmo sem ser físico, sabe que normalmente uma criança muito jovem deve ficar com mãe, ou que o choque de dois veículos em alta velocidade costumeiramente trazem mais danos do que se a colisão fosse em baixa velocidade. Ou o exame probabilístico que se quer é estatístico e dominado pela “ciência dos grandes números”? A jurisprudência norte-americana já há algum tempo, vem se utilizando da estatística para julgar casos de responsabilidade civil nos quais, diante da incapacidade de estabelecer com certeza o responsável pela conduta danosa, atribui-se uma responsabilidade com base em probabilidades estatísticas (por exemplo, a chamada *market share liability* em casos de talidomina). Mas no Brasil, isso é inédito e mesmo no CADE, composto parcialmente por economistas, tradicionalmente mais afeitos à estatística e à econometria, percebe-se uma dificuldade no manejo deste elemento do potencial risco de dano.

Note-se, que o *Guidance Paper* da UE utiliza-se da expressão “prova cogente e convincente” que deve se valer a Comissão Européia para aplicação do Artigo 102” (*Finally,*

---

<sup>79</sup> Processo Administrativo nº 08000.022994/1997-79, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14/2/2007.

*the Guidance Paper indicates that the Commission will normally intervene under Article 102 where there is “cogent and convincing evidence” that the allegedly abusive conduct “is likely to lead to anticompetitive foreclosure.”)*

Mais do que isso, segundo examinado, o *Guidance Paper* recomenda que a Comissão só pode interferir em hipóteses em que os concorrentes sejam tão eficientes quanto à firma dominante, ou seja, o teste do “*as efficient competitor*” (*the Commission “will normally only intervene where the conduct concerned has already been or is capable of hampering competition from competitors which are considered to be as efficient as the dominant undertaking.”*) (COMISSÃO EUROPEIA, 2008).

No Caso Bento Gonçalves, já descrito *supra*, o CADE decidiu que não havia efeitos anticompetitivos na conduta da empresa investigada. Um dos fundamentos para essa conclusão foi o fato de que o *market share* da empresa representada diminuiu de 90,64% para 71% nos 5 anos imediatamente posteriores à adoção da medida restritiva avaliada. Mas é importante notar que esse não foi o único motivo para essa decisão – foram analisados também outros fatores estruturais dos mercados em questão. O que ocorre é que a não ocorrência efetiva dos danos gera uma forte *presunção* de que a probabilidade de geração de efeitos anticompetitivos era baixa.

Essa conclusão fica evidente no Caso CRT Celulares<sup>80</sup>, quando 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.” 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.

#### c) 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 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 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,

---

<sup>80</sup> Processo Administrativo nº 53500.000502/2001, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/6/2008.

para concluir pela licitude da medida, que as eficiências sejam “suficientes para compensar” os efeitos competitivos. Note-se que aqui não se está mais a falar na distribuição de benefícios ao consumidor. Este elemento deve ser sopesado já na análise de eficiências econômicas do ato e sua ausência já implicaria na existência da justificativa elencada no item “a”.

O termo “suficientes para compensar”, não foi bem digerido pela literatura nacional, nem foi bem delineado pelo CADE nos seus julgados como se verá mais adiante. De um lado, a doutrina nacional ainda apresenta algumas resistências quanto à análise puramente econômica desse ponto, isto é, de eficiência ou de custo-benefício da restrição, tentando incluir aspectos constitucionais e estranhos ao ferramental econômico e ao direito comparado (FORGIONI, CALIXTO). De outro lado, o CADE igualmente nos julgados mais complicados, parece ter simplificado essa análise (vide caso AMBEV). Talvez neste ponto a Resolução precise ser modernizada e atualizada, tentando fornecer um guia mais seguro desta ponderação de efeitos líquidos e quem sabe o direito europeu possa fornecer elementos relevantes.

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, digamos que uma medida *alpha* gere eficiências que compensem os seus efeitos anticompetitivos, devendo, portanto, ser aprovada pelo órgão de defesa da concorrência. No entanto, há outra medida *beta* que possui valor líquido (medido pela diferença entre as eficiências de *beta* e os efeitos anticompetitivos de *beta*) maior. Ou seja, *beta* possui valor social maior. Pergunta-se: o agente tem o dever de adotar a medida *beta*? Alguns autores parecem indicar que sim (LILLA, 2006, p. 44). Entretanto, como esse dever não está previsto em lei, parece-nos que a resposta mais correta é negativa.

## 5 RESTRIÇÕES VERTICAIS: TIPOS E JURISPRUDÊNCIA

Como foi dito acima, há um sem-número de restrições verticais possíveis. Analisaremos, a seguir, apenas as seis de maior relevância: fixação dos preços de revenda, cláusulas de exclusividade, vendas casada, restrições territoriais, discriminações de preço e recusa de contratar.

### 5.1 FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA

De acordo com a Resolução 20/99, há fixação de preços de revenda (FPR) quando o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser cobrado pelos distribuidores/revendedores<sup>81</sup>. A fixação de preços de revenda está incluída no rol do §3º, IX, do art. 36, Lei n. 12.529/11 como atos que caracterizam infrações de ordem econômica, sob a seguinte descrição:

[...] 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. (BRASIL, 2011).

Há três tipos de FPR: fixo, máximo e mínimo, de acordo com o conteúdo da imposição do fornecedor. A distinção é importante na medida em que cada tipo de FPR pode gerar efeitos distintos. Todos, contudo, podem gerar efeitos anticoncorrenciais (SANTOS, 2006, p. 119). Por exemplo, o CADE já afirmou que o que torna a tabela ilícita é a uniformidade de preços, independentemente se for preço mínimo ou máximo, já que isso “mascara o real valor do serviço” (caso AMB<sup>82</sup>).

É comum a diferenciação entre fixação e sugestão de preço de revenda. No primeiro caso, o fornecedor estabelece o valor final, com previsão de penalidades em caso de descumprimento. No segundo caso, a indicação do preço de revenda não é obrigatória, sem sanção pelo descatamento (FORGIONI, 2009, p. 171).

A principal diferença está na ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento do mandamento do fornecedor que há na FPR. Essa coerção pode dar-se de diversos modos. Por exemplo, no caso Kibon, uma das presunções feitas pelo CADE foi que a distinção entre fixação e sugestão está basicamente na existência de poder de mercado (SANTOS, 2006, p. 149). Em outra ocasião, o CADE determinou que a tabela de preços pode ser prejudicial à concorrência, ainda que não seja impositiva. A razão para isso é que ela afeta o poder de

<sup>81</sup> Resolução 20/99 do CADE, Anexo I, p. 5.

<sup>82</sup> Processo Administrativo nº 61/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 12/02/1996.

decisão individual de cada agente econômico para estabelecer seus próprios preços, de conformidade com os seus custos (caso AMB<sup>83</sup>).

Antes do advento da já revogada Lei nº 8.884/94, havia a tendência de considerar as sugestões de preço de revenda como *per se* legais, isto é, isentas das normas antitruste (caso Singer<sup>84</sup>). Hoje essa posição não mais se sustenta. Desde a edição da referida Lei, passou-se a exigir uma análise antitruste *in casu* avaliando os possíveis efeitos anticoncorrenciais, em especial quando é possível, com a conduta, uniformizar ou estabilizar os preços de revenda (SANTOS, 2006, p. 128; FORGIONI, 2009, p. 172).<sup>85</sup>

A Resolução CADE n. 20/99 arrola uma série de eficiências que podem ser geradas com a FPR, como redução de custos de transação, possibilidade de ajudar firmas menores a competir com outras maiores, e dificultar o exercício de poder de mercado por parte dos distribuidores. Por outro lado, há a possibilidade de geração de efeitos anticompetitivos, como uma maior facilidade de coordenar ações colusivas, a possibilidade de um aumento unilateral do poder de mercado do produtor, a facilitação da exploração monopolista dos serviços pós-venda, ao diminuir as alternativas no mercado de distribuidores. Essas listas, certamente, não são exclusivas, admitindo-se a prova de outros danos e benefícios gerados pela medida.

Cabe trazer alguns casos julgados pelo CADE a respeito de FPRs.

Em 1997, o CADE proferiu um julgamento pioneiro no que tange às FPR, quando da decisão do caso Kibon. Naquela ocasião, o Conselho analisava um caso em que uma sociedade fabricante de sorvetes e picolés apresentava uma lista de preços a seus distribuidores. O CADE terminou por absolver a empresa, com base nas seguintes informações: (a) havia uma forte competição intermarcas, fracas barreiras à entrada de novos participantes, e fornecimento atomístico, o que dificultaria o exercício de poder de mercado por parte da empresa; (b) a lista de preço utilizada pela Kibon era apenas uma sugestão, graças ao seu caráter não obrigatório; e (c) não havia na prática uma uniformização de preços, apresentando, na verdade, significativa dispersão. Ressalta-se que a linguagem utilizada revela que o motivo principal foi o primeiro, como demonstra o voto do Conselheiro Relator Xausa, que afirma que o que caracteriza a imposição vertical ilegal de preços está “claramente” relacionado ao “poder de mercado” do fabricante. Nesse mesmo voto, ele afirma

---

<sup>83</sup> Processo Administrativo nº 61/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 12/02/96.

<sup>84</sup> Averiguação Preliminar nº 138, j. 5.11.87.

<sup>85</sup>; Consulta ao CADE nº 14/96.

que a lista de preços pode ainda gerar um importante efeito pedagógico no mercado, mediante a informação aos consumidores sobre preços.<sup>86</sup>

Com base nessas informações, podemos desde já concluir que o CADE verifica dois elementos para analisar a licitude das FPR. Em primeiro lugar, é preciso que a indicação de preços seja *obrigatória*. Em segundo lugar, é necessário que o fabricante tenha poder necessário para incluir credibilidade às sanções previstas em caso de descumprimento da indicação. Esses dois requisitos podem ser decantados na decisão do caso Kibon, quando ficou sublinhada a importância de uma “ameaça crível de punição”, mesmo que essa ameaça seja apenas de “recusa de posterior negociação por parte do fabricante (*refusal to deal*)”. Isso significa que a punição, no Brasil, não precisa consistir em um dispositivo contratual formal, mas também em uma política de descontinuação de contatos comerciais em caso de descumprimento.

Nos anos que se seguiram, 1998 e 1999, diversos outros casos de fixação de preços de revenda foram avaliados pelo CADE. No caso Eldorado<sup>87</sup>, o CADE entendeu que a lista de preços criada por uma editora de livros e enviada às distribuidoras não violava a ordem econômica por três razões: (1) os preços do livro ao consumidor, não obstante o preço de capa variar de uma livraria para outra (parte em razão da alta inflação que vigia na época); (2) não havia previsão de qualquer penalidade para livrarias que não seguissem o preço sugerido; (3) a editora não recebia qualquer informação sobre o preço final praticado.

Já no caso Autolatina, o CADE entendeu que uma montadora de automóveis que enviava uma tabela de preços às concessionárias não cometia infração concorrencial. O Conselho baseou sua decisão nos seguintes fatos: (1) não havia dispositivos contratuais que obrigassem os distribuidores a seguirem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor, embora houvesse obrigatoriedade quanto à sua exposição; (2) havia prática de descontos diferenciados concedidos por algumas concessionárias aos consumidores finais, em descumprimento da tabela. No fim, ficou determinado o arquivamento do processo, ainda que houvesse condições estruturais para que as representadas exercessem abuso de posição dominante. Essas condições se davam pelo monopólio *ex post* da montadora frente às concessionárias, graças aos custos não negligenciáveis de troca de uma montadora para outra.

Nesse mesmo caso, o CADE teceu importantes considerações a respeito do tratamento dado às FPR. Ficou estabelecido que os efeitos aos consumidores das tabelas, sejam elas de

---

<sup>86</sup> Ver também caso Yopa (Processo Administrativo nº 149/94, Rel. Cons. Leônidas Rangel Xausa, j. 19/11/1997).

<sup>87</sup> Processo Administrativo 08000.018299/1996-86, de 19.9.1998.

preço mínimo, sejam de preço máximo, são sempre ambíguos, devendo ser analisados caso a caso. Ademais, o CADE identificou algumas eficiências que podem ser encontradas especificamente nas FPR: sustentar cartéis de fabricantes, distribuidores ou comerciantes; evitar o problema da dupla marginalização resultante da existência de monopólios sucessivos; estimular a provisão de serviços especiais; manter a qualidade do produto; e promover maiores esforços de vendas.

Mesmo na atualidade o CADE continua se deparando com casos de fixação de preço de revenda, como demonstra o caso SKF<sup>88</sup>, julgado em 30.01.2013. Essa disputa envolve um alegado acordo entre uma produtora de rolamentos, de um lado, e sua rede de distribuidores, de outro, para fixar preços mínimos de revenda dos produtos da empresa. A SDE votou pelo arquivamento, após entender que os documentos juntados aos autos não comprovaram a infração. Uma das razões levantadas pela SDE foi que a prática leva a eficiências como ampliação da concorrência intramarca na dimensão qualidade de atendimento e pela eliminação do efeito carona.

O Tribunal se manifestou da seguinte forma: O Conselheiro Mattos mencionou que não há opinião pacífica na doutrina a respeito dos efeitos benéficos ou danosos das restrições verticais. Ele pugnou pela absolvição da representada, por duas razões: (i) não havia provas conclusivas de que a prática tenha sido efetivamente seguida; e (ii) a representada não possuía poder de mercado unilateral, havendo intensa rivalidade intermarcas.

Já o Conselheiro Carvalho afirmou ser incontroverso que houve fixação de preços de revenda, já que haveria um documento estabelecendo os preços praticados pelos distribuidores de que não poderiam estar abaixo de um patamar estabelecido e explicando como seria a forma de monitoramento e as penalidades impostas (advertências, aumento sucessivo dos preços de venda e até mesmo perda da distribuição). O comportamento da representada não configura mera sugestão. Afinal, houve coação moral por parte da SKF. Além disso, ele afirma que não há dados suficientes que comprovem os ganhos de eficiência da prática, como pugna o Conselheiro Mattos, e que a conduta em questão pode facilitar outros comportamentos colusivos, como o cartel, como demonstra a experiência internacional. O Conselheiro Ricardo Machado Ruiz acompanhou o voto-vista do Conselheiro Vinicius Carvalho assim como os Conselheiros Fernando de Magalhães Furlan, Marcos Paulo Verissimo e Eduardo Pontual Ribeiro, já o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia votou pelo

---

<sup>88</sup> Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44. Informações sobre o processo encontram-se disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/Documentos/pauta.aspx?pc=162>>. Atualmente, o julgamento encontra-se suspenso com pedido de vista do Conselheiro Ricardo Ruiz.

arquivamento do Processo Administrativo na linha do voto do conselheiro relator. EM resumo, o Plenário, por maioria, considerou a Representada como incurso em violação dos arts. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94, e condenou-a ao pagamento de multa no valor estipulado, que deverá ser comprovado no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Vencidos os Conselheiros César Costa Alves de Mattos e Olavo Zago Chinaglia.

Em conclusão, os casos trazidos demonstram que o CADE mantém até hoje sua análise estreada no caso Kibon, onde são analisados três elementos: (1) existência de obrigatoriedade do acordo de preços; (2) a observância do acordo de preços na prática; e (3) a existência de poder de mercado ou relação de dependência que possa gerar uma “ameaça crível de punição” em caso de descumprimento.

## 5.2 ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE

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, §3º, V, da Lei 12.529/11: “impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.”

A Resolução 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 (2009) 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.

Segundo Silva (2000, p. 42), a Resolução 20/99 peca ao não incluir maiores clarificações sobre os efeitos anticompetitivos de acordos de exclusividade. Por exemplo, o CADE não admite que acordos de exclusividade de *compra* nunca resultam no bloqueio ou fechamento do mercado a jusante e que acordos de exclusividade de *venda* não tem o condão de induzir o fechamento do mercado a montante. Ademais, a Resolução 20/99 não faz referência à relação entre a duração do acordo de exclusividade e os efeitos anticompetitivos ou à ideia de que acordos de exclusividade somente podem afetar a concorrência do mercado a jusante quando a competição intermarcas é fraca.

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. Silva (2000, p. 42) mais uma vez argumenta que o CADE 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.

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, 1997, p. 26-31).

Há uma importante reserva quanto à análise concorrencial da cláusula de exclusividade. Imaginemos, 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. 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 (SALOMÃO, 2007, p. 247).

Em 1989, o CADE teve a oportunidade de julgar o caso Esselte<sup>89</sup>, 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 aprovisionamento 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 Brasil<sup>90</sup>. O CADE, sem tecer considerações detalhadas a respeito das particularidades do caso, entendeu ser a cláusula de

---

<sup>89</sup> Processo Administrativo nº 97, de 9.11.89.

<sup>90</sup> Processo Administrativo nº 30/92, de 26.2.93.

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 cuidado na distribuição, apesar de que, à época, a lei antitruste brasileira já previsse uma análise segundo a regra da razão.

Também em 1993, o CADE julgou o caso Valer<sup>91</sup>, 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 determinou 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.

Nos anos que se seguiram, o CADE julgou poucos casos importantes de cláusula de exclusividade.

Em 1999, deu-se o julgamento do caso Brahma<sup>92</sup>, 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, por razão, especialmente, 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, notando 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.

Em 2001, o CADE decidiu o caso Directv. No caso, 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

---

<sup>91</sup> Processo Administrativo nº 32/92, de 22.4.93.

<sup>92</sup> Processo Administrativo nº 08000.000146/1996-55, de 9.6.99.

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. O CADE por fim 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.

No caso *White Martins*<sup>93</sup>, julgado em 2002, o CADE analisou a conduta de uma empresa com altíssimo poder de mercado (73% de *market share*) que adquiria, com exclusividade, toda a produção de CO<sub>2</sub> de uma fornecedora e dispersava no ar todo o excesso que não consumia. O CO<sub>2</sub> foi considerado um *essential facility*, apesar de sua relativa abundância na natureza, mas 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 CO<sub>2</sub> excedente não era dado nenhum uso útil, visto que a empresa já operava em capacidade máxima.

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 Serra*<sup>94</sup>, 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, 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. (BARRIONUEVO, 2003).

Ademais, citou o art. 18, III da Lei nº 9.656/98, que determina a vedação de imposição de contratos de exclusividade por operadoras de seguros privados de assistência à saúde. Por

---

<sup>93</sup> Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05, julgado em 26/6/2002.

<sup>94</sup> Processo Administrativo nº 08012.001280/2001-35, Rel. Cons. Miguel Tebar Barrionuevo, j. 15/1/2003.

fim, o Conselho considerou a conduta uma infração à ordem econômica, nos moldes do art. 20, I, II e IV da Lei nº 8.884/94.<sup>95</sup>

Em 2004, o CADE se deparou com o caso Microsoft Select. 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 monopolização.<sup>96</sup>

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.<sup>97</sup>

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

---

<sup>95</sup> Outros casos decididos de modo semelhante: UNIMED Ourinhos (Processo Administrativo nº 08012.001892/2004-71, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 19/1/2005) e UNIMED Vale do Caí (Processo Administrativo nº 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, p. 189 e ss.)

<sup>96</sup> 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: Campus, 2000, p. 499.

<sup>97</sup> 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.

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.

No caso CRT Celulares, 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, 6 anos após a abertura do processo administrativo, seu *market share* havia diminuído em benefício da representada e de outras operadoras. 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. 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 comprem tal produto de uso contínuo por impulso, viessem a comprar os produtos dos concorrentes.

Por fim, no caso AmBev<sup>98</sup>, julgado em 22 de julho de 2009, o CADE julgou processo administrativo em que uma empresa produtora de cervejas concedia descontos a seus revendedores em troca de exclusividade informal. O Conselheiro Relator Furlan fez uma importante distinção entre os 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, 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, cerca de 50% dos participantes do programa entendiam que havia a exigência de exclusividade. Em troca,

---

<sup>98</sup> Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22/7/09.

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”. Assim, o PDV se deparava com o seguinte dilema: poderia escolher vender 100% de produtos AmBev, recebendo, para tanto, um desconto no valor *X*; 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.

**Tabela 1 - Dilema**

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

Fonte: elaborado pelo autor.

O CADE afirmou que, nesse caso, surgiria o problema da não linearidade, significando que 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 representava 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, 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. O CADE entendeu não haver eficiência na operação, ainda que haja evidências que os distribuidores se beneficiavam enormemente do programa de fidelização da AmBev. Ademais, o voto do conselheiro relator sublinha o fato de os descontos serem não uniformes. 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 tais descontos e o faria “caso não houvesse a atuação das autoridades antitruste”. Esses são apenas exemplos de um sem-número de contradições, erros e confusões que abundam no acórdão.

### 5.3 VENDAS CASADAS

O vendedor de determinado bem ou serviço impõe, para a sua venda, a condição de que o comprador também adquira outro bem ou serviço. Um dos pontos mais discutidos e controversos dessa definição gira em torno da palavra “outro”. Afinal, quando a venda conjunta de dois produtos será natural (ex.: sapato e cadarços) e quando ela poderá ser proibida (ex.: sapato e chinelo)? Alguns autores explicam que a venda casada será natural quando o custo de separação dos dois produtos/serviços for idêntico ou quase idêntico ao valor de um deles. Ou seja, a *inexistência* de um mercado separado para um dos produtos leva à exclusão da ilicitude (SALOMÃO, 2007, p. 225; FORGIONI, 2008, p. 373). Isso porque um dos elementos necessários para a condenação, i.e., a caracterização de conduta com potencialidade de geração de efeitos competitivos, não está presente.

Um caso complexo ocorre quando há *mixed bundling*, que consiste na oferta dos produtos tanto separadamente quanto conjuntamente, deixando para o comprador a escolha entre as duas opções. Alguns autores afirmam que nesse caso não há coerção e, portanto, não haveria que se falar em venda casada ilícita (LILLA, 2006, p. 39). Uma exceção seria se o preço cobrado pelos produtos separadamente for exorbitante em comparação ao preço do pacote – aí a situação idêntica ao caso em que há apenas o conjunto (LILLA, 2006, p. 40).

A venda casada está prevista em duas normas jurídicas brasileiras. O art. 21 da lei nº 8.884/94 prevê como possível infração à ordem econômica subordinar a venda de um bem ou serviço à aquisição de outro bem ou serviço. Já o art. 39, I do Código de Defesa do Consumidor proíbe condicionar de modo semelhante à venda casada. A consequência inevitável é a existência de um conflito entre as normas concorrenciais e consumeristas, em especial porque a lei nº 8.884/94 exige uma análise segundo a regra da razão e a lei nº

8.078/90 estabelece um ilícito *per se* (BADIN, 2005, p. 54) (caso Cinemark<sup>99</sup>). Não entraremos, contudo, em detalhes a respeito desse conflito, inquirindo apenas sobre os aspectos concorrenciais da venda casada.

A prática de venda casada, como qualquer outra restrição vertical, pode gerar efeitos tanto positivos quanto negativos à concorrência. Os efeitos negativos principais são a alavancagem de poder econômico de um mercado para outro e a exclusão estratégica.

Vendas casadas podem gerar preocupações ao direito concorrencial especialmente quando tiverem capacidade de alavancar poder de mercado (*leverage theory*). Isso ocorre quando um agente econômico usa o poder que possui no mercado *X* para ganhar mercado também no outro mercado, *Y*. Isso faria, em tese, com que o agente usufruísse, após a medida, de dois monopólios, que gerariam ganhos supra-competitivos para o agente.

Outra medida relacionada, mas não idêntica, é a chamada exclusão estratégica, em que uma empresa utiliza seu poder no mercado *Z* para excluir outro agente do mercado *W*. Isso exige uma série de pressupostos: (a) firma 1 ter poder sobre o mercado *W*; (b) preços de equilíbrio resultante da venda casada gerarem prejuízos à firma 1; (c) lucros gerados pela expulsão da firma 2 compensarem as perdas relacionadas à prática de vendas casadas; (d) comprometimento da firma 1 em praticar vendas casadas (FUJIWARA, 2004, p. 29).

Já os efeitos positivos incluem a economia de custos de transação, a conjunção de produtos complementares, economias de escopo, proteção da reputação do fornecedor, garantia de padrões de qualidade (BADIN, 2005, p. 66). A esses podemos adicionar o aumento dos retornos pela inovação e a facilitação de entrada em mercados de difícil penetração (LILLA, 2006, p. 43).

A seguir, veremos alguns julgados do CADE e do Poder Judiciário que podem ajudar a compreensão das vendas casadas.

Na década de 80, ainda sob a égide da lei nº 4.137/62, o CADE teve a oportunidade de se pronunciar sobre algumas questões relacionadas a vendas casadas. No primeiro caso, de 1987, ficou decidido que a oferta de um brinde na compra de outro produto não basta à configuração de venda casada (caso Centralsul<sup>100</sup>). No ano seguinte, o CADE entendeu que a concessão de serviços funerários inclui o fornecimento de caixões. Assim, foi considerada

---

<sup>99</sup> TJSP, AI nº 195.256-4/1-00, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, 8ª Câmara, j. 8.8.01.

<sup>100</sup> Processo Administrativo nº 65, de 7.5.87.

atípica a conduta de entidade concessionária que subordinava a prestação do serviço à aquisição de suas urnas (caso Fama<sup>101</sup>).

No início da década de 90, quando a lei nº 8.158 estava em vigor, o CADE decidiu dois importantes casos envolvendo venda casada. No caso Xerox<sup>102</sup>, de 1993, o CADE apreciou a situação de uma empresa que impunha, para o aluguel de suas máquinas de cópias, que somente produtos de sua fabricação fossem utilizados. O CADE afirmou que isso restringia a competição e que a empresa estava abusando de sua posição dominante, pois significava maiores barreiras a seus competidores, criando dificuldades para a utilização dos produtos dos rivais, sem trazer evidências suficientes de que tais produtos seriam danosos às máquinas. Apesar disso, o CADE não fez uma análise completa do mercado em questão ou dos efeitos da conduta da Xerox, sem especificar ou quantificar os danos à concorrência e sem nem mesmo mencionar as possíveis eficiências. Segundo Silva (2000, p. 41), a regra da razão não foi efetivamente aplicada nesse caso, ainda que a lei vigente na época exigisse tal abordagem.

O caso Sharp também foi julgado em 1993 e teve objeto semelhante. A empresa representada exigia, para o serviço de manutenção de cópias, que os locadores comprassem materiais de sua fabricação (tinta, papel etc.). O CADE não analisou a fundo o mercado em questão, nem os efeitos da conduta da Sharp no mercado. Ainda que a representada detivesse apenas 3,5% de participação no mercado relevante, o CADE entendeu que o mercado do produto acessório ficava *necessariamente* afetado negativamente quando há venda casada. Mais uma vez, a regra da razão foi incorretamente aplicada.

Em 1994, a postura do CADE começou a ser alterada. No caso Petrobrás<sup>103</sup>, de 1994, ficou decidido que não havia uma proibição *per se* de vendas casadas no direito concorrencial brasileiro. Havia uma denúncia de que a Petrobrás Distribuidora AS condicionava a venda de dois produtos ao Departamento de Estradas e Rodagem de SP à contratação, para o respectivo transporte, de empresa que consumisse óleo diesel e lubrificante da marca Petrobrás. Nesse caso, como não havia qualquer análise desses mercados, não se podia concluir que a simples cláusula contratual por si só constituiria abuso de poder econômico. Nessa ocasião, o Conselho não teve a oportunidade de aplicar a regra da razão, mas ao menos se recusou a utilizar presunções e análises precipitadas para condenar a empresa.

---

<sup>101</sup> Processo Administrativo nº 80, de 7.7.88. Em 2002, um caso de venda casada foi apreciado pelo Poder Judiciário. No caso Cemitério do Morumbi, o TJSP afirmou que “as benfeitorias não constituem outro produto ou serviço, uma vez que completam o jazigo, único bem fornecido na concessão onerosa de uso”. Ver TJSP, AC nº 181.938.5/0-00, Rel. Desa. Teresa Ramos Marques, 8a Câmara, j. 8.5.02.

<sup>102</sup> Processo Administrativo nº 23/91, de 31.3.93.

<sup>103</sup> Processo Administrativo nº 47/92, de 14.03.94, Rel. Min. Neide Teresinha Malard.

Após a entrada em vigor da lei nº 8.884/94, os casos de venda casada se multiplicaram e verificou-se uma maior preocupação do CADE em estabelecer os requisitos para configuração do ilícito concorrencial. No caso *Vesuvius*<sup>104</sup>, julgado em 1999, ficou determinado que seria necessário poder de mercado relacionado a um dos produtos para haver venda casada.<sup>105</sup> Além disso, o CADE entendeu que uma venda casada seria apenas anticompetitiva somente quando a firma estender seu poder de mercado para o mercado do produto acessório (*leverage theory*).

No caso *Montadoras de Carro*<sup>106</sup>, de 2001, o CADE julgou um caso em que fabricantes de veículos automotores condicionavam o atendimento de pedidos excepcionais de veículos feitos pela revenda fora da quota mensal à aquisição de outro veículo de difícil comercialização (Fiat) ou de peças e ferramentas em quantidades excessivas (Volkswagen). Foi excluída de início a possibilidade de exclusão estratégica – bloqueio do segmento de distribuição para concorrentes – graças à existência de cláusula de exclusividade que impediam as revendas de adquirirem veículos e equipamentos de outras marcas. O CADE absolveu as montadoras de carro por três razões: (a) a medida podia gerar eficiências, pois permite que a montadora repasse o ônus de atender pedidos fora da programação mensal com as revendas; (b) a conduta não alcançava parcela substancial dos mercados relevantes de revenda, pois somente os produtos “extras” estavam submetidos à venda casada; e (c) não foi encontrada nenhuma racionalidade em introduzir a venda casada como política permanente da empresa, pois essa medida dificultaria a venda de seus próprios produtos ao desestimular uma política agressiva de venda das concessionárias.

Um caso de *mixed bundling* foi julgado pelo CADE em 2004. No caso *Microsoft Money*, o CADE decidiu sobre a legalidade da inclusão do *software* Money 97 no pacote Microsoft Office Small Business. O CADE determinou que não houvesse imposição de compra dos pacotes, visto que o Money 97 podia ser comprador isoladamente ao preço de R\$ 60,00. Houve uma preocupação da SDE em relação à existência de externalidades de rede no mercado de aplicativos financeiros e que a Microsoft estava abusando de sua posição dominante ao oferecer pacotes integrados com o Money 97, o que poderia, no futuro, impedir a entrada de novos competidores. O CADE, porém, afastou essa hipótese, porque havia compatibilidade entre o sistema Windows e outros aplicativos financeiros concorrentes e porque a Microsoft não havia agido abusivamente (por exemplo, fraudando anúncios pré-

---

<sup>104</sup> Ato de Concentração 08012.007674/98-59, de 12.5.1999.

<sup>105</sup> Ver, nesse mesmo sentido, o caso dos Elevadores, Processo Administrativo nº 08012.009373/1998-23, Rel. Cons. Sicsú, j. 19/7/2006.

<sup>106</sup> Processo Administrativo nº 08012.000487/2000-40, julgado em 20/6/2001.

vendas, adquirindo seus concorrentes, introdução de novas tecnologias inacessíveis aos concorrentes etc.). Um caso semelhante foi julgado em 2008 e também envolvia a venda de computadores portáteis com o sistema operacional *Microsoft Windows* já instalado.<sup>107</sup> Na ocasião, o CADE entendeu que a venda do produto acessório separadamente exclui a possibilidade de venda casada. Ademais, foi decidido que a medida tinha racionalidade econômica, visto que havia demanda maior de *laptops* com o sistema operacional incluso.

Outra defesa possível em caso de venda casada foi apreciada em 2005, no caso Maratona de Nova Iorque.<sup>108</sup> Nesse caso, uma empresa de viagens foi investigada pela conduta de vincular a inscrição na maratona de Nova Iorque à venda de passagem aérea. A representada alegou que essa era uma exigência da empresa organizadora da maratona nos EUA e uma condição para oferta daquela modalidade de inscrição no território nacional. O CADE aceitou essa defesa e nem entendeu configurada a prática de venda casada. Assim, nem foi preciso avaliar o mercado em questão ou os efeitos que a conduta teria naquele mercado.

Em 2005, o CADE avaliou o caso das Sepulturas<sup>109</sup>, em que uma empresa de sepultamento foi indiciada por vender o serviço juntamente com jazigos, lápides e gavetas. O CADE absolveu a empresa, por entender que não havia um mercado distinto para esses produtos, pois esses produtos possuem como objetivo final o sepultamento. Assim, a ideia de que na ausência de um mercado distinto impede a configuração da venda casada (ver *supra*) foi plenamente adotada pelo CADE.

O último caso de venda casada avaliado pelo CADE foi julgado em junho de 2010, envolvendo a empresa Aceco Informática.<sup>110</sup> Ali, o Conselho fez um importante esforço de deixar claro os requisitos para a declaração de ilicitude da conduta, citando quatro elementos já apontados em nota técnica do DPDE: (a) existência de dois produtos e/ou serviços separados; (b) existência de algum elemento de coerção; (c) existência de posição dominante no mercado principal; (d) caracterização de efeitos anticompetitivos no mercado principal ou no mercado secundário. No caso em tela, o CADE entendeu que nenhum dos requisitos estava presentes no caso, o que levou à absolvição do réu. Foi interessante a argumentação relativa aos dois primeiros elementos. O Conselho determinou que não havia duplicidade de produtos (construção de sala-cofre e prestação de serviços), visto que ambos foram exigidos em processo de aquisição por técnicos da CEF. Já em relação ao elemento coerção, foi também

---

<sup>107</sup> Processo Administrativo nº 08012.001115/2007-79, de 27/2/2008.

<sup>108</sup> Processo Administrativo nº 08000.016489/1997-21, de 11/5/2005, Conselheiro Relator Scaloppe.

<sup>109</sup> Processo Administrativo nº 08012.008064/1997-82, 19/1/2005, Conselheiro Relator Villa Boas Cuêva.

<sup>110</sup> Processo Administrativo nº 08700.005025/2007-07, 23/6/2010, Conselheiro Relator Ruiz.

entendido que empresa dificilmente poderia usar de seu poder de mercado coercitivamente em aquisições governamentais.<sup>111</sup>

#### 5.4 DIVISÃO DE MERCADO (RESTRICÇÕES TERRITORIAIS)

A próxima restrição vertical a ser analisada é a divisão de mercado, segundo a qual o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões. A divisão de mercado está proscrita no art. 21, inciso XI, da lei nº 8.884/94, que estabelece que a imposição de condições de comercialização relativas a negócios de distribuidores, varejistas ou representantes com terceiros caracteriza uma potencial infração da ordem econômica.

Essa restrição pode se manifestar de duas formas. De um lado temos a chamada *divisão territorial*, que ocorre quando há uma divisão de mercado “pura”, onde o distribuidor pode agir apenas naquele mercado, mas deve, ali, competir com outros distribuidores. Já a *reclusão territorial* é uma combinação da divisão de mercado com cláusula de exclusividade. Nesse caso, o distribuidor atua apenas em um local, mas, dentro daqueles limites, é o único agente (FORGIONI, 2009) (caso Salvador Motos Ltda.<sup>112</sup>). É preciso ainda diferenciar acordos de exclusividade de acordos de reclusão territorial. No primeiro, é o distribuidor quem se compromete a comprar apenas do fornecedor. Já no segundo, é o fornecedor quem se compromete a vender apenas para o distribuidor, dentro de um determinado âmbito geográfico.

A divisão de mercados pode gerar diversos efeitos concorrenciais, como a facilitação de comportamentos colusivos, o aumento dos custos das empresas rivais, a elevação unilateral do poder de mercado de um produtor e a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda, caso haja efeito de *lock in*.

Os poucos casos envolvendo apenas restrições territoriais que foram analisados pelo CADE envolviam, quase todas, cláusulas de raio em contratos de *shopping center*. Essas cláusulas impediam um comerciante localizado em um determinado *shopping center* que se estabelecesse em outro dentro de um raio mínimo. A doutrina costuma ser desconfiada no trato com essas proibições, ainda que haja vezes pugnando pela permissão das cláusulas de raio por todo o curso da relação locatícia (CRISTOFARO, 2003, p. 97).

---

<sup>111</sup> Ver *contra*, o caso Microsoft Money, em que indica o BB e a CEF como consumidores que se veem “obrigados” a recorrer a todas as inovações e a todos os serviços pós-venda de todos os aplicativos contidos no contrato e a preços definidos exclusivamente pela Microsoft.

<sup>112</sup> Processo Judicial nº 583.00.2009.116822-5, 9ª Vara Cível Central da Comarca de SP, j. 19/11/2010.

Os dois casos mais importantes envolvendo cláusulas de raio são o caso Center Norte e o caso Iguatemi. Ambos possuem fatos semelhantes, mas julgados distintos.

Em 2005, o CADE julgou o caso Center Norte<sup>113</sup>, 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 infraestrutura 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 dos 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 necessários para o empreendimento. Essa conduta, então, consubstanciaria nova barreira à entrada, artificial e independente do mérito empresarial. Por essas razões, o CADE considerou representada incurso nos ilícitos do art. 20, I, II e IV.

Já no caso Iguatemi, de 2007, o CADE entendeu que um agente econômico que praticasse uma restrição vertical e que tivesse poder de mercado, haveria uma presunção de que as restrições sejam infrações à ordem econômica. Afirmou-se que “é ônus da empresa que a pratica provar à autoridade antitruste que [a restrição] se justifica por razões de interesse político”.

O CADE determinou 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 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 5 anos.

Interessantemente, 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

---

<sup>113</sup> Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13, de 19/1/2005.

Alçada Cível de São Paulo, na Apelação nº 477.739-0, concedeu o despejo de locatário que violou cláusula contratual que lhe impedia 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 8.884/94. Já a 5ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de SP, no julgamento da apelação nº 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.

### 5.5 RECUSA DE CONTRATAR

Em seguida, temos os casos de recusa de contratação, em que o fornecedor ou comprador de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo. Em geral, essa prática é utilizada em conjunto com outras práticas restritivas, tais como FPR e acordos de exclusividade, como forma de retaliação contra distribuidores/fornecedores relutantes em aderir às práticas anticompetitivas. Uma das formas potencialmente ilícitas, por exemplo, da recusa de contratar ocorre quando um agente *upstream*, detentor de posição dominante, recusa-se a fornecer insumos a um competidor *downstream*, de tal modo a eliminar a concorrência no mercado à jusante.

É comum que haja uma distinção entre recusa originária e recusa abrupta de contratação. A primeira é dirigida a um agente com quem jamais se contratou<sup>114</sup> e, em geral, gera poucos problemas antitruste, razão pela qual goza de uma presunção de inocência. Essa presunção, obviamente, é relativa e serve somente para aumentar o ônus da prova para a condenação. Já a segunda afeta negociações preexistente e possui maior potencial para gerar efeitos anticoncorrenciais, em especial quando há dependência econômica do distribuidor em relação ao fornecedor (SALOMÃO, 2007, p. 241).

Ao analisar uma possível recusa de contratação, devemos focar-nos mais nas condições sob as quais a recusa se dá do que na existência da recusa em si. Segundo Fábio Ulhôa Coelho (1995, p. 77), o empresário pode recusar a venda de um bem para outro empresário por razões de foro íntimo. A ilicitude ocorre quando essa recusa de venda for

---

<sup>114</sup> Ressaltamos que a configuração de recusa originária de contratação não tem relação com o fato de a empresa ser nova ou já estabelecida no mercado relevante. O que importa é a pré-existência de relações comerciais *entre as partes*.

instrumento de política empresarial restritiva, independentemente se a recusa se der em um caso individual ou coletivamente.

A proibição de recusa de contratação gera algumas reticências na doutrina. Silva (2000, p. 43) afirma que as autoridades antitruste têm encontrado dificuldades de compatibilizar a proibição de recusa de venda com o princípio constitucional da livre iniciativa. Essa é uma ponderação válida, mas não se aplica somente à recusa de venda, mas sim a todas as práticas restritivas verticais apresentadas nesse trabalho. A proibição de qualquer restrição vertical é, em maior ou menor medida, uma afronta à livre iniciativa. Malgrado isso, casos de recusa de contratação recebem muito mais atenção, nesse sentido, do que outras restrições.

A resposta para isso encontra-se, acreditamos, em uma distinção frequentemente feita pela doutrina alemã. Segundo os privatistas germânicos, a autonomia privada compreende dois componentes. Em primeiro lugar, temos a liberdade de conclusão de um negócio, ou seja, a possibilidade de escolher *se* e *com quem* um indivíduo irá celebrar contratos. Por outro lado, os parceiros contratuais estão livres para determinar o *conteúdo* das normas contratuais – incluindo o objeto do contrato, o preço, as condições etc. (BROX; WALKER, 2008, p. 39-40). Ocorre que a recusa de contratação envolve restrições ao primeiro componente, enquanto a maioria das outras restrições afeta o segundo. E não há dúvidas que os juristas brasileiros têm muito mais facilidade em admitir restrições à liberdade de *como* contratar do que à liberdade de *se* e *com quem* contratar.<sup>115</sup>

Os efeitos anticompetitivos comumente relacionados à recusa de contratação envolvem: a implementação de condutas colusivas no mercado de origem, ao dividir o mercado entre produtos substitutos; o aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, ao bloquear novos agentes no segmento de distribuição; e a exploração monopolista dos usuários de serviço pós-venda, se houver custos elevados de mudança e efeitos de *lock-in*. Já as eficiências são economia de custos de transação, ao conter condutas oportunistas na defesa de *sunk costs*, como marcas e tecnologia e na proteção de ativos específicos.

Não temos conhecimento de nenhuma condenação no CADE por recusa de contratação. Os primeiros casos nesse sentido começaram a aparecer no Conselho apenas

---

<sup>115</sup> Essa distinção, porém, pode mostrar-se artificial. Muitas vezes, o modo como as obrigações podem ser contraídas afeta a disposição dos agentes em celebrar novos acordos. Ou seja, os dois componentes da autonomia da vontade estão mais inter-relacionados do que à primeira vista parece. Temos, aqui, um exemplo da clássica distinção de Frédéric Bastiat entre efeitos percebidos e efeitos não percebidos (“*Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*”), que frequentemente possuem igual magnitude, mas tratamento distinto.

recentemente – mais especificamente, a partir de 1999. Nesse ano, foi julgado o caso Columbia Tristar<sup>116</sup>, em que uma rede de salas de cinema acusou a Columbia Tristar, a UIP, a Fox e a Warner Bros de se recusarem de negociar com ela, privilegiando outra rede. O CADE decidiu que nenhuma produtora de filmes tinha poder de mercado, visto que esse era um mercado volátil e dependente do sucesso de cada filme. Ficou claro no texto da decisão que somente uma empresa com poder de mercado poderia influenciar negativamente a concorrência ao se recusar a negociar. O CADE também entendeu que a escolha das produtoras era legítima, na medida em que beneficiava as salas mais bem-equipadas, que poderiam mostrar os filmes com qualidade superior.

Em 2001, o CADE julgou o caso Montadoras de Carros, já descrito *supra*. Uma das questões concorrenciais levantada na ocasião relacionava-se com fundos de capitalização e sistemas de crédito rotativo criados pelas montadoras, que visavam o fortalecimento das redes de distribuição. Estes mecanismos permitiam aos concessionários, segundo afirmação da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores (Fenabrave), a obtenção de recursos para financiar suas compras a taxas de juros abaixo das praticadas pelo mercado financeiro, tornando atrativas as condições de operação das concessionárias *vis a vis* outros ramos de negócios. A utilização destes mecanismos era voluntária, de acordo com a análise do CADE, conferia eficiência e racionalidade à relação montadora-concessionária no que diz respeito à transferência e faturamento de veículos para comercialização ao consumidor final. No caso, o CADE teve que avaliar se a suspensão da linha de financiamento ao concessionário inadimplente configurava recusa ilícita de contratar. O resultado foi, não surpreendentemente, negativo, sob a alegação de que a prática tratava-se apenas de “acionamento de mecanismo prudencial amplamente utilizado nas atividades de financiamento e crédito em diversos mercados”.

Em 2005, o CADE expressamente substituiu o critério do poder de mercado pelo da dependência econômica no caso Minério de Ferro<sup>117</sup>. A Companhia Vale do Rio Doce foi acusada de se recusar a vender o minério de ferro “hematitinha” para outra empresa. No entanto, a representada provou que não possuía disponibilidade do produto, estando a sua produção já comprometida com outros clientes. Ademais, a representada produzia apenas 40% do minério na região, havendo outros fornecedores possíveis. O CADE, portanto, concluiu que não havia dependência da representante vis-à-vis a representada e, conseqüentemente, absolveu esta.

---

<sup>116</sup> Investigação Preliminar nº 080012.007758/97-66, de 10/2/1999.

<sup>117</sup> Processo Administrativo nº 08012.009264/2003-52, de 6/4/2005.

No caso Radiologia Bento Gonçalves, citado anteriormente, o CADE analisou a recusa de um plano de saúde de credenciar um instituto médico de serviços de radiologia. No voto do Conselheiro Relator Ragazzo, foram discutidas três importantes questões.

Em primeiro lugar, os requisitos para a verificação de uma recusa de contratar anticompetitiva, que são: (1) se o fornecedor detém posição dominante no mercado *upstream*; (2) se não há justificativas objetivas para a recusa por parte do fornecedor; e (3) se a recusa de fornecimento é efetivamente capaz de eliminar ou prejudicar substancialmente a concorrência no mercado *downstream*.

Em segundo lugar, a natureza das eficiências que podem ser trazidas como justificativas para a prática restritiva. Nesse sentido, o Relator, seguindo o parecer da SDE, admitiu que a simples redução de custos do fornecedor poderia justificar a restrição vertical<sup>118</sup>, na medida em que é uma prática economicamente racional e que não se pode impor ao empresário o dever de solidariedade com o seu concorrente.<sup>119</sup> Se há capacidade de reduzir custos de transação, a verticalização é considerada *presumidamente* eficiente. No entanto, não há provas de que as restrições verticais praticadas eram realmente eficientes.

Em terceiro lugar, como pode ser avaliada a probabilidade de eliminação ou prejuízo à concorrência. No caso, foi feita uma análise *ex post*, que indicou que a concorrência não foi efetivamente prejudicada, visto que o *market share* de outras firmas aumentou com o passar dos anos, ao passo que a representada viu sua participação ser reduzida de 90,64% para 71% em cinco anos. Ademais, havia evidências de que, apesar de possuir um alto *market share*, a representada possui preços competitivos, frequentemente abaixo daqueles da representante.

Por fim, o caso MedLife<sup>120</sup> foi o mais recente sobre recusa de contratar que passou pelo CADE, tendo sido decidido em 2010. A disputa versava sobre a recusa de um hospital de celebrar um contrato com um plano de saúde. No voto do Conselheiro-Relator Ruiz foi sublinhado o fato de que o hospital e o plano de saúde não atuavam no mesmo mercado, de forma que a conduta não teria racionalidade econômica. O que ocorreu, segundo o relator, foi simplesmente falta de interesse em prestar serviços à representante nos termos propostos.

O parecer da SDE ainda deixou claro que havia outros prestadores de serviços que realizavam os mesmo procedimentos que a representada, o que afastaria a possibilidade de eliminação da empresa de planos de saúde do mercado através da simples recusa de contratar.

---

<sup>118</sup> A redução dos custos do fornecedor através do uso da recusa de contratar pode dar-se de diversas formas. Por exemplo, ela pode ser utilizada como ameaça, a fim de garantir que o distribuidor pague pelos produtos adquiridos, ou a fim de assegurar que o fornecedor não interrompa injustificadamente sua produção.

<sup>119</sup> Ver também, nesse sentido, a Representação nº 132/90, de 18/12/1996.

<sup>120</sup> Processo Administrativo nº 08012.003762/2005-53, de 9/6/2010.

Na ausência de restrições verticais e, portanto, de prejuízos efetivos à concorrência, a recusa de contratar não tinha relação direta com o bem-estar dos consumidores.

## 5.6 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇO

A última restrição vertical a ser analisada será a discriminação de preços, compreendida como a medida pela qual o produtor “[...] usa seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupo, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros”.<sup>121</sup> Com essa definição, o CADE deixa claro que somente irá analisar possíveis casos de discriminação de preço caso o agente tenha poder de mercado. A proibição da discriminação de preços também está prevista no art. 36, §3º, X, da Lei nº 12.529/11. Assim, “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” é uma atividade suspeita de ser caracterizada como infração de ordem econômica.

Antes de mais nada, é preciso indicar que somente pode haver discriminação quando estamos diante de (a) bens ou serviços semelhantes; e (b) compradores e condições de fornecimento semelhantes. O primeiro desses requisitos não gera controvérsias na doutrina (LEAL, 2003, p. 163) e ficou assentado pelo CADE já em 1988, no julgamento do caso Fama, quando o Conselho determinou que a prática de preços diferenciados para mercadorias e serviços diferenciados não constitui discriminação da clientela. Já o segundo pressuposto causa maior divergência. A Resolução 20/99 ressalta que há casos em que a discriminação de preços é justificada pelas circunstâncias. Por exemplo, quando os consumidores de um bem ou serviço têm níveis distintos de consumo, faz sentido cobrar menos de clientes com volumes maiores. A doutrina costuma ter resistência em relação à concessão de descontos especiais para grandes clientes porque isso pode prejudicar a situação dos pequenos clientes, favorecendo a concentração (LEAL, 2003, p. 183). Outra circunstância ocorre quando o custo marginal de fornecimento de um serviço aumenta em certos intervalos de tempo (“períodos de pico”), o estabelecimento de preços diferenciados constitui prática eficiente.

Há várias formas da empresa se beneficiar da discriminação de preços. A primeira e mais óbvia decorre do fato de que ela permite ao agente econômico extrair ganhos dos consumidores de seus produtos, na medida em que cobra mais daqueles que estão dispostos a pagar mais. Na medida do possível, a empresa irá escalonar seus preços para que haja uma

---

<sup>121</sup> Cf. Resolução 20/99.

sobreposição entre esses e a própria curva de demanda.<sup>122</sup> Essa prática possui efeitos ambíguos: ao mesmo tempo em que reduz o excedente do consumidor, ela produz eficiência alocativa, garantindo que aqueles que queiram o bem ou serviço, tenham acesso a ele (Leal, 2003:192). Outra possibilidade de benefício por meio de discriminação de preços está na escolha estratégica de quem irá pagar menos. Um autor, por exemplo, afirma que a ilicitude da discriminação de preços advém não tanto da possibilidade de prejudicar um concorrente, mas do benefício que se confere a um determinado agente, dificultando a concorrência intramarca (SALOMÃO, 2007, p. 292).

A jurisprudência do CADE teve poucas oportunidades de julgar casos de discriminação de preços.

No caso AmBev, acima citado, importantes determinações sobre a discriminação de preços foram tecidas no parecer da SDE. Nessa oportunidade, a Secretaria afirmou que o programa de descontos da empresa poderia ser considerado pró-competitivo em duas ocasiões: (i) se aproximarem os preços aos custos marginais do produtor; ou (ii) se incentivarem a concentração de compras por cliente. Nesses dois casos, afirma a SDE, haveria maior eficiência alocativa e um incremento da eficiência técnica por meio de economias na produção e distribuição dos produtos.

No caso Microsoft Select, também já comentado acima, uma das distribuidoras da Microsoft recebeu exclusividade para atuar no Distrito Federal. A Microsoft parecia possuir critérios pré-definidos para determinar quem poderia atuar no DF. No entanto, esses critérios eram alterados de forma que somente a mesma distribuidora permanecesse como a única concessionária. Essa conduta foi considerada discricionária e discriminatória pelo CADE, que condenou a empresa pelo ato, afirmando que os critérios “não poderão ser estabelecidos de forma a privilegiar esta ou aquela empresa, em detrimento de outras”.

Por fim, no caso Montadoras de Carros, foram discutidas as condutas de duas montadoras de automóveis, a Fiat e a Volkswagen.

No caso da Fiat, a raiz da conduta está no tempo de trânsito estipulado pelo Banco Fiat, o qual, somado à carência de alguns dias, corresponde ao período em que não incidem encargos financeiros sobre o crédito concedido ao concessionário. Assim alguns distribuidores receberiam veículos antes do transcurso do prazo livre da incidência de

---

<sup>122</sup> Como foi afirmado no voto do Relator Pfeiffer no caso Microsoft Select (2004, p. 13, N.R. 20): “[...] a firma consegue discriminar preços porque as preferências dos consumidores do mercado são heterogêneas. Isto é, existem grupos com elasticidades-preço de demanda diferentes. A firma, então, constrói uma estratégia que tem como objetivo revelar esses grupos, de forma que essa possa cobrar um preço maior do segmento de demanda inelástica e cobrar um preço mais baixo dos clientes com demanda mais elástica.”

encargos, enquanto outros recebem o veículo após o prazo concedido a título de tempo de transporte, arcando assim com o pagamento de encargos antes mesmo da entrega do veículo.

A Fiat argumentou que os custos de administração de prazos distintos para cada um dos cerca de 350 concessionários elevaria os preços do produto para o consumidor final, introduzindo ineficiências no sistema de distribuição. Por outro lado, a alegada discriminação não afetaria concessionários que efetivamente concorrem entre si. Assim, para concessionários localizados num mesmo município ou região, os intervalos de tempo previstos e concedidos sem a cobrança de encargos são similares e as beneficiam igualmente. Ademais, esta regra de funcionamento do crédito rotativo deve ser observada por todos os concessionários indistintamente.

Já a Volkswagen teve de rebater acusações quanto ao funcionamento do Fundo Apolo. A discriminação decorreria, segundo a representante, do modo de funcionamento do sistema que estabelece que cada veículo adquirido pelo concessionário lhe dará o direito de bonificações. Duas formas de bonificações são definidas: a normal e a extraordinária. No momento que o capital do concessionário atinge o montante suficiente para o pagamento à vista de 100% da sua atribuição mensal de veículo, a bonificação extraordinária é eliminada, sendo reintroduzida sempre que esse limite se reduza a 80%, até que seja alcançado novamente o nível de 100%. Segundo a representante, este mecanismo beneficia os concessionários novos ainda em fase de acumulação de recursos no Fundo Apolo.

O CADE entendeu que as regras definidas para a concessão da bonificação extraordinária não configuram discriminação entre concorrentes. Segundo as normas do Fundo Apolo, todas as concessionárias recebem as referidas bonificações, caso o saldo verificado na sua conta junto ao Fundo se reduza abaixo de 80% da atribuição mensal, ou na fase inicial de operação da concessionária.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer a tona o entendimento do CADE no que tange ao tratamento de restrições verticais no direito brasileiro. Foi visto que há diversos elementos que, potencialmente, podem ser verificados e somados em um processo administrativo antitruste.

As restrições verticais são condutas praticadas pelos agentes econômicos dentro de uma mesma cadeia produtiva que impõem restrições aos demais fornecedores e consumidores, evitando que os mesmos possam adquirir outros produtos. Essas condutas têm por objetivo obter ganhos de eficiência, contudo, muitas vezes, as restrições verticais provocam um efeito anticoncorrencial, o que é prejudicial para os consumidores finais e para toda a sociedade.

Sendo assim, por existir a possibilidade de uma mesma conduta gerar, em alguns casos, efeitos positivos e, em outros, efeitos negativos, o aplicador da norma ao proferir suas decisões deve se valer da regra da razão e não da regra *per se*. Com o aprofundamento dos estudos dos casos concretos, percebemos que o órgão antitruste, a despeito do reconhecimento da existência da regra da razão e de sua adoção como fundamento, não a utiliza de maneira adequada, apresentado soluções superficiais que mais se aproximam de uma decisão com base na regra *per se* do que na regra da razão propriamente dita. Isso se dá pelas escolhas erradas no nível de investigação, bem como pela ausência de um padrão de prova objetivo nas análises.

A falta de um critério objetivo nos níveis de investigação e nos padrões de prova acarreta certa discrepância em julgamentos semelhantes. Consequência disso é a ocorrência de erros tipo I (falso negativo) e tipo II (falso positivo) e, principalmente, a falta de previsibilidade das decisões do CADE. A insegurança jurídica provocada pela falta de previsibilidade reprime os agentes econômicos a adotar estratégias de mercado que poderiam ser eficientes, mas que por não saber qual seria o entendimento do órgão antitruste a respeito da legalidade de sua conduta, deixa de adotar tais estratégias, o que, por óbvio, gera ineficiência de mercado.

Isso, nada mais é do que uma inversão na estrutura de incentivos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. As normas antitruste são feitas para proteger o mercado competitivo, os consumidores e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia por meio de um ambiente competitivo saudável, orientando comportamentos e dissuadindo ações anticoncorrenciais. Quando decisões proferidas pelos órgãos antitrustes punem condutas

eficientes e absolvem condutas prejudiciais à concorrência, há uma ruptura na lógica do modelo jurídico de incentivos. Os agentes econômicos, com isso, ou deixam de inovar e buscar formas de melhorias de eficiência ou, pior, optam logo pela prática de condutas anticoncorrenciais, visto que, na segunda opção, os lucros podem ser maiores, diante da mesma probabilidade de condenação.

O que se percebeu, também, é que dada a complexidade as análises antitrustes das restrições verticais, o aplicador da norma não pode prescindir de estudos econômicos aprofundados, iniciando-os com a escolha adequada do nível de investigação em face dos seus custos e dos custos sociais advindos de possíveis erros de diagnóstico e prognóstico.

Decisões anticoncorrenciais fundadas na teoria econômica demonstram a maturidade e o grau de desenvolvimento do órgão antitruste. Tais decisões têm características muito mais quantitativas do que qualitativas e, portanto, mais longe da discricionariedade dos julgadores e, por consequência, mais previsíveis.

Diante do exposto, há apenas a certeza de que o assunto torna-se cada vez mais importante, sendo objeto tanto de análises científicas quanto de páginas de jornais. Há um crescente corpo de pesquisas recentes que indicam que os ganhos de eficiência das restrições verticais são maiores do que os órgãos antitruste normalmente reconhecem. O argumento é que muitas vezes os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são míopes demais para perceber o número de transações que são possíveis graças à existência de restrições verticais (ver caso AmBev, caso Sharp).

No meio disso, o CADE se esforça para explicar condenações de condutas aparentemente normais, como a recusa de contratação e a concessão de descontos, como nos casos Microsoft Select e AmBev.

Por certo, não é possível ainda afirmar com certeza qual será o futuro tratamento conferido às restrições verticais no Brasil. Há uma série de especulações possíveis. O primeiro passo, porém, é compreender com clareza como o assunto é abordado na atualidade. O segundo é o indicativo da premente necessidade de alteração legislativa que trata da matéria, principalmente da Resolução CADE n. 20/99, introduzindo critérios objetivos de padrão de prova e o mais importante e ressaltando a importância de análise com arrimo em critérios quantitativos, sendo essa, a contribuição da análise econômica para o direito concorrencial.

## BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce A. Law, economics, and the problem of legal culture. **Duke Law Journal**, n. 6. Durham: Duke University, 1986, p. 929-34.
- AZEVEDO, Paulo F.; TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- BADIN, Arthur. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. **Revista de Direito da Concorrência**, n.5, 2005.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.
- BASTOS, Aurélio. Cartéis e concorrência: estudo sobre a recuperação legislativa de conceitos de direito econômico no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 23/24, jul.1998.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 26.
- BERTALANFFY, L. Von. An outline of general systems theory. **British Journal for the Philosophy of Science**, n. 1. Brit. J. Philos, 1950, p. 134-65.
- BERTALANFFY, L. Von. General systems theory: a critical review. In: **John Beishon & Geof Peters Systems Behavior**. London: Open University, 1972.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior . Disponível em: <[http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196791561.pdf](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196791561.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 32. ed. Koeln: Carl Heymanns Verlag, 2008.
- BRUNA, Sergio. **O poder econômico e a conceituação do seu abuso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BULLARD, Alfredo. **El análisis económico del derecho: entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica**. 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3796/23.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.
- CASTRO, A.M.G. et al. Prospecção de demandas tecnológicas no sistema nacional de pesquisa agropecuária (SNPA). In: CASTRO, A.M.G. et al. **Cadeias produtivas e sistemas naturais: prospecção tecnológica**. Brasília: Embrapa/ DPD, 1998.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm, in the firm, the market and the law. Chicago: Chicago Press, 1990, p. 37.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: **The firm, the market and the law**. Chicago: Chicago Press, 1990, p. 95-96.

- COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economic**. v. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- COELHO, Fabio. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. n. 353, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. São Paulo: Forense, 1978.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192-193.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 10, n. 3, 2003.
- DE WIT, C.T. Why models are made? **Opening lecture**. Wageningen: Wageningen University, 1986.
- FAGUNDES, Jorge. Cláusulas de raio e o caso Iguatemi. **Revista do IBRAC**, v. 14, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERES, Marco Vinício Chein. Restrição vertical por fixação de preços. **Revista do IBRAC**, v. 9, n. 5. São Paulo: IBRAC, 2002.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 1. São Paulo: IBRAC, 1997.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei da proteção à concorrência**: comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Tabela de honorários ou justa remuneração? **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.
- FORGIONI, Paula A. **Direito concorrencial e restrições verticais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence. **Cases and materials on antitrust**. St. Paul: West Publishing Co., 1989.
- FRANCESCHINI, José Inácio. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio. **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**, v. 11, n. 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 nº 8.884/1994. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 10, 2006.

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

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

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

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

GRINBERG, Mauro. Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda. **Revista do IBRAC**, v. 3, n. 8, 1996.

HARRIS, Ron. The uses of history in law and economics. In: *Theoretical inquiries in law*, 4 **Theoretical Inq.** L. 659, 2003.

HOVENKAMP, Herbert. Leegin, the rule of reason, and vertical agreement. **Legal Studies Research Paper**, n. 10-40. University of Iowa, Dez./2010.

IBRAC. VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência. Conferência “Restrições verticais e abuso de direito de propriedade industrial”. **Revista do IBRAC**, v. 9, 2002.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O *dumping* como forma de abuso do poder econômico. **Revista de Direito Mercantil**, v. 91, n. 5, 1993.

LEAL, João Paulo G. Discriminação de preços e o Robinson-Patman Act. **Revista do IBRAC**, v. 10, n. 3, 2003.

LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 10, 2006.

LOUSANO, Mário G. Sistemas e struttura nel diritto. v. 2, **Il Novecento**, Milano, Giuffrè, 2002, p.194-201.

MAGALHÃES, Guilherme A. C. **O abuso do poder econômico: apuração e repressão**. Rio de Janeiro: Artenova, 1976, p. 45 e ss.

MATTOS, César. Fixação de preços de revenda – FRP: elementos para um roteiro de investigação. **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 4, 2001.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law** – from Posner to post-modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3.

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.

MISES, Ludwig Von. **Human action, the scholar's edition**. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2008.

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.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MOURA, Mauro Hiane. A teoria do abuso do direito: uma alternativa para interpretar a jurisprudência americana sobre refusals to deal. **Revista do IBRAC**, v. 14, n. 6.

NETO, Giacommo Balbinotto. **Direito e economia: leis de responsabilidade civil notas de aula** – UFRGS/PPDIR. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/quest-eco/lei-responsabilidade-civil.pdf>> Acesso em: 14 jun. de 2012.

NORTH, Douglass. Institutions and economic theory. **American Economist**, v. 36, 1992.

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

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João G. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 21. (CEDES – Centro de Estudos de Direito Econômico e Social; v.3).

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 180-200.

POSNER, Richard A. The economic approach to law. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4. EUA, University of Texas School of Law, 1975.

POSNER, Richard A. **Guido Calabresi's** – The costs of accidents: a reassessment. 64 Md. L. Rev. 12, 2005. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol64/iss1/5>>. Acesso em: 05.12.2014.

POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDE, João Luiz. Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica. **Revista do IBRAC**, v. 8, n. 8, 2001.

RIBEIRO, Márcia C. P., KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Forum, 2010, p 21.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSS, Stephen F. **Principles of antitrust law**. Westbury: The Foundation Press, 1993.

SALGADO, L. H. (Org.). **Defesa da concorrência: a prática brasileira e a experiência internacional**. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: IPEA, 1993, p. 220.

SALOMÃO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

SANTOS, Rodrigo Surcan dos. Resale price maintenance, suggested retail price e o caso Kibon. **Revista do IBRAC**, v. 13, n. 2, 2006.

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

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 e. Law and policy towards vertical restraints of trade: the case of Brazil. **Boletim Latinoamericano de Competencia**, n. 9, parte 2, Fev./2000, p. 34 e ss.

SOLON, Ary. Diferenciação de preços. **Revista do IBRAC**, v. 3, n. 8, 1996.

SOUZA, Washington P. A. de S. **Primeira linha de direito econômico**. São Paulo: LTR, 2003.

STEVENS, Dallal. Framing competition law within an emerging economy: the case of Brazil. **Antitrust Bulletin**, v. 40, 1995.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia – princípios básicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

**APÊNDICE A – LISTA DOS CASOS CONCRETOS****Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE)**

- Caso Aceco Informática** – Processo Administrativo nº 08700.005025/2007-07, Rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz, j. 23/6/2010
- Caso AHERJ** – Processo Administrativo nº 08000.008365/1995-00, Rel. Cons. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, j. 19.6.2002.
- Caso AHESP** – Processo Administrativo nº 62/92, j. 9.11.94
- Caso AMB** – Processo Administrativo nº 61/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 12/02/1996
- Caso AmBev** – Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, j. 22/7/2009
- Caso Autolatina** – Processo Administrativo nº 0089/92, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 29.9. 1999
- Caso Brahma** – Processo Administrativo nº 08000.000146/1996-55, Rel. Cons. Ruy Afonso de Santacruz Lima, j. 9.6.99
- Caso Cargill Citrus** – Processo Administrativo nº 08000.022994/1997-79, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14/2/2007
- Caso Center Norte** – Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13, Rel. Cons. Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, j. 19/1/2005
- Caso Central sul** – Processo Administrativo nº 65, j. 78.5.87
- Caso Coca-Cola** – Processo Administrativo nº 86, j. 2.3.89
- Caso Columbia Tristar** – Investigação Preliminar nº 080012.007758/97-66, j. 10.2.1999
- Caso CRT Celulares** – Processo Administrativo nº 53500.000502/2001, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/6/2008
- Caso das Montadoras de Carro** – Processo Administrativo nº 08012.000487/2000-40, Rel. Cons. Thompson Almeida Andrade, j. 20/6/2001
- Caso das Sepulturas** – Processo Administrativo nº 08012.008064/1997-82, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/1/2005
- Caso Directv** – Processo Administrativo nº 53500.000359/99, Rel. Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. 20.6.2001
- Caso dos Elevadores** – Processo Administrativo nº 08012.009373/1998-23, Rel. Cons. Sicsú, j. 19/7/2006

- Caso Eldorado** – Processo Administrativo nº 08000.018299/1996-86, Rel. Cons. Arthur Barrionuevo Filho, j. 19.9.1998
- Caso EMDEC** – Processo Administrativo nº 20/92, j. 24.8.1994
- Caso Esselte** – Processo Administrativo nº 97, j. 9.11.89
- Caso Fama** – Processo Administrativo nº 80, j. 7.7.88
- 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.
- Caso Fiat/UNICAR** – Processo Administrativo nº 08000.017766/1995-35, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 6.10.1999.
- Caso Ford Tratores** – Processo Administrativo nº 40, j. 8.10.87
- Caso ICI Brasil** – Processo Administrativo nº 30/92, j. 26.2.1993
- Caso Iguatemi** – Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 4/9/2007
- Caso Kibon** – Voto na Sindicância nº 58, j. 2.7.87
- Caso Maratona de Nova Iorque** – Processo Administrativo nº 08000.016489/1997-21, Rel. Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe, j. 11/5/2005
- Caso MedLife** – Processo Administrativo nº 08012.003762/2005-53, Rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz, j. 9/6/2010
- Caso Microsoft Money** – Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31, Rel. Cons. Thompson Almeida Andrade, j. 19/5/2004
- Caso Microsoft Select** – Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/8/2004
- Caso Minério de Ferro** – Processo Administrativo nº 08012.009264/2003-52, Rel. Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe, j. 6/4/2005
- Caso Petrobrás** – Processo Administrativo nº 47/92, Rel. Cons. Leônidas Rangel Xausa, j. 14.03.1994
- Caso Plumbum** – Processo Administrativo nº 82, j. 7.7.88.
- Caso Radiologia Bento Gonçalves** – Processo Administrativo nº 08012.006899/2003-06, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Raggazzo, j. 22 de julho de 2009
- Caso SFK** – Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, Rel. Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe.
- Caso Sharp** – Processo Administrativo nº 01/91, Rel. Cons. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, j. 28.5.1993
- Caso Singer** – Averiguação Preliminar nº 138, j. 5.11.87

- Caso UNIMED da Encosta da Serra** – Processo Administrativo nº 08012.001280/2001-35, Rel. Cons. Miguel Tebar Barrionuevo, j. 15/01/2003
- Caso UNIMED Ourinhos** – Processo Administrativo nº 08012.001892/2004-71, Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, j. 19/1/2005
- Caso UNIMED Vale do Caí** – Processo Administrativo nº 08012.006769/2003-65, Rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/7/2005
- Caso Valer** – Processo Administrativo nº 32/92, j. 22.4.93
- Caso Vesuvius** – Ato de Concentração nº 08012.007674/98-59, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, j. 12.5.1999.
- Caso Volkswagen** – Processo Administrativo nº 78, j. 4.2.88
- Caso White Martins** – Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05, Rel. Cons. Celso Fernandes Campilongo, j. 26/6/2002
- Caso Xerox** – Processo Administrativo nº 23/91, Rel. Cons. Marcelo Monteiro Soares, j. 31.3.1993
- Caso Yopa** – Processo Administrativo nº 149/94, Rel. Cons. Leônidas Rangel Xausa, j. 19/11/1997
- Consulta ao CADE nº 14/96**, j. 12.11.1996
- Processo Administrativo nº 81**, j. 15.9.88

### **Poder Judiciário**

- Caso Cemitério do Morumbi** – TJSP, Ação Cautelar nº 181.938.5/0-00, 8ª Câmara, Rel. Desa. Teresa Ramos Marques, j. 8.5.02
- Caso Cinemark** – TJSP, AI nº 195.256-4/1-00, 8ª Câmara, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, j. 8.8.01
- Caso Salvador Motos Ltda** – Processo Judicial nº 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 nº 2000.01.00.000454-3/DF, 5ª Turma, Rel. Desa. Selene Maria de Almeida, j. 22.10.01