

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

DANIEL ELIAS DO NASCIMENTO

**DESCONTOS CONDICIONADOS: ESTUDO COMPARATIVO E SUGESTÃO DE
METODOLOGIA DE ANÁLISE PARA O CADE**

SÃO PAULO

2022

DANIEL ELIAS DO NASCIMENTO

**DESCONTOS CONDICIONADOS: ESTUDO COMPARATIVO E SUGESTÃO DE
METODOLOGIA DE ANÁLISE PARA O CADE**

Dissertação apresentada à Escola de
Direito de São Paulo, da Fundação Getulio
Vargas, como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Leonor Augusta
Giovine Cordovil.

Área de Concentração: Direito dos
Negócios, Direito Concorrencial

SÃO PAULO

2022

Nascimento, Daniel Elias do.

Descontos condicionados: estudo comparativo e sugestão de metodologia de análise para o Cade / Daniel Elias do Nascimento. - 2022.
f.120.

Orientador: Leonor Augusta Giovine Cordovil.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil). 2. Política comercial. 3. Comércio - Restrições. 4. Desconto. 5. Concorrência. I. Cordovil, Leonor Augusta Giovine. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 347.7

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O.
Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

DANIEL ELIAS DO NASCIMENTO

**DESCONTOS CONDICIONADOS: ESTUDO COMPARATIVO E SUGESTÃO DE
METODOLOGIA DE ANÁLISE PARA O CADE**

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Leonor Augusta Giovine Cordovil.

Área de Concentração: Direito dos Negócios, Direito Concorrencial

Data da aprovação: 06.01.2022

Banca Examinadora

Prof^ª. Dr^ª. Leonor Augusta Giovine Cordovil (Orientadora)
FGV – Direito SP

Prof^º. Dr. Luciano Benetti Timm
FGV – Direito SP

Prof^º. Dr. Eduardo Molan Gaban
PUC – Direito SP

Aos meus pais, Sérgio e Luciene,
Aos meus irmãos Gabriel e Tiago,
À Carlota,
a quem devo tudo.

Aos meus sobrinhos Maria Júlia, Mateus, Lucas e Alice,
Bruno, Heitor, Alice e Lucas,
por renovarem diariamente a alegria da vida.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Leonor Cordovil, prova de que a autoridade não se impõe, mas se inspira.

Ao professor Luciano Timm, pela oportunidade de participar de um ambiente acadêmico fantástico renovando constantemente minhas reflexões.

À Carlota, pelo carinho, amor e paciência, acima de tudo.

À família Corrêa Carneiro, pelo acolhimento, o companheirismo e os incontáveis aprendizados.

Ao Ricardo Inglez, pela inspiração, confiança, incentivos e ensinamentos diários. A obediência dá lugar à confiança, ter fé e ser resiliente são fundamentais.

Aos colegas e amigos de trabalho Talita, Stefanie, Isabela, Mariângela, Marianne, Camila, Carol, Fernanda, Marli, Sandra e Norival, pelo convívio, companheirismo, alegria, compreensão, apoio e suporte diário.

Ao Inglez, Werneck, Ramos, Cury, Françolin e Alouche Advogados, pelas inúmeras oportunidades e suporte sem os quais eu não teria chegado até aqui.

Aos meus amigos, Antônio Augusto, Bruno, Gabriel, Geraldo, Mateus e Juliano, por se fazerem importantes na jornada da vida.

À minha família, pelo apoio irrestrito.

RESUMO

O objetivo deste trabalho era verificar se o Cade possuía critérios e uma metodologia de análise bem definidos de políticas de desconto condicionado, e na ausência destes, sugerir uma metodologia de análise para o Cade empregar quando tiver de enfrentar o tema. Para isso, este estudo analisou preliminarmente se existia jurisprudência do Cade de processos administrativos envolvendo políticas de descontos condicionados e julgados à luz da Lei nº 12.529/11 para verificar a metodologia e os parâmetros empregados pelo órgão quando julgou tais casos. A partir da constatação da ausência de julgamentos pelo Cade de processos envolvendo este tema e na vigência da Lei nº 12.529/11, se realizou um estudo comparativo das principais decisões da União Europeia e dos EUA sobre o assunto, bem como de casos anteriores à própria lei de defesa da concorrência atualmente vigente no Brasil. Considerando resultado desta análise, bem como dos institutos de direito da concorrência brasileiros, e da análise econômica do direito da concorrência, o estudo propõe uma metodologia de análise a ser adotada pelo Cade quando deparar-se com o julgamento de casos envolvendo descontos condicionados.

Palavras-chaves: Condutas unilaterais. Descontos condicionados. Políticas comerciais. Análise Econômica do Direito Concorrencial. Metodologia de Análise. Cade. Direito Concorrencial.

ABSTRACT

The objective of this study was to verify whether Cade presented well defined methodology and parameters for administrative proceedings involving conditioned discount policies and, in the absence of those, to propose an analysis method for such cases. In order to achieve that, this study analyzed if there were cases judged by Cade under Law no. 12.529/11. Considering that there were no findings for that, a comparative study was made with the most relevant decisions in the EU and USA about the matter, as well as cases judged by Cade prior to the current Brazilian competition law. Based on the result of this analysis, the Brazilian competition law and its economic analysis, this study proposes an analysis method to be adopted by Cade, when faced with judgement of cases involving conditioned discounts.

Keywords: conditioned discounts. Commercial policies. Analysis method. Cade. Competition Law. Economic Analysis of Competition Law. Unilateral Conduct

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Cenário A – Desconto retroativo	40
Figura 2 – Cenário B – Desconto progressivo	41
Figura 3 – Passos para a análise da licitude da conduta.....	77
Figura 4 – Principais condutas unilaterais investigadas na vigência da LDC.....	79
Figura 5 – Tipos de decisão nos julgamentos envolvendo condutas unilaterais ocorridos na vigência da LDC.....	79
Figura 6 – Prêmios oferecidos pelo Tô Contigo.....	81
Figura 7 – Prêmios oferecidos pelo Tô Contigo.....	82
Figura 8 – Kit de Adesão do Tô Contigo.	82
Figura 9 – Proporção entre as justificativas para o arquivamento de casos.....	96

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Tipos de ilícito e formas de análise adotadas pelo Cade.....	34
Quadro 2 – Prioridades de Análise dos Descontos Condicionados pela Comissão, segundo as Orientações.....	54
Quadro 3 – Justificativas do agente detentor de posição dominante.....	54
Quadro 4 – Metodologia adotada pela União Europeia na análise de descontos condicionados.....	66
Quadro 5 – Principais setores da economia envolvidos nos processos de conduta unilateral julgados pelo Cade na vigência da LDC.....	79
Quadro 6 – Características formais do Tô Contigo.....	87
Quadro 7 – Justificativas para o arquivamento de casos.....	95

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1 – Processos Julgados pelo Tribunal do Cade durante a vigência da LDC envolvendo conduta unilateral.....	114
--	-----

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO	13
II.	CAPÍTULO 1 – CONCEITOS ELEMENTARES	17
II.1.	A LDC, SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E OBJETIVOS	17
II.2.	INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NA LDC	18
II.3.	MERCADO RELEVANTE	19
II.4.	PODER ECONÔMICO E POSIÇÃO DOMINANTE.....	20
II.5.	CONDUTAS COORDENADAS E UNILATERAIS	22
II.6.	O ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE	23
II.7.	A CRIAÇÃO DE BARREIRAS AO INGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE CONCORRENTES NO MERCADO.....	25
II.8.	ECONOMIAS DE ESCALA, DE ESCOPO E CUSTO DE TRANSAÇÃO	27
III.	CAPÍTULO 2 – A REGRA DA RAZÃO E A REGRA PER SE, O ILÍCITO POR OBJETO E O ILÍCITO POR EFEITOS.....	29
III.1.	O DIREITO NORTE-AMERICANO: REGRA DA RAZÃO E REGRA <i>PER SE</i>	29
III.2.	O TFUE E O ILÍCITO POR OBJETO E O ILÍCITO POR EFEITOS	31
III.3.	O DIREITO BRASILEIRO E O CADE.....	32
IV.	CAPÍTULO 3 – DESCONTOS CONDICIONADOS E SEUS EFEITOS PRÓ E ANTICOMPETITIVOS	35
IV.1.	O QUE SÃO DESCONTOS CONDICIONADOS	35
IV.2.	EFEITOS PRÓ E ANTICOMPETITIVOS DOS DESCONTOS CONDICIONADOS	36
IV.3.	CLASSIFICAÇÃO DOS DESCONTOS CONDICIONADOS.....	38
	A) <i>Desconto por fidelidade</i>	38
	B) <i>Desconto por volume</i>	39
	C) <i>Descontos para pacotes ou multiprodutos</i>	41
	D) <i>Descontos puramente exclusionários</i>	42
V.	CAPÍTULO 4 – A METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DESCONTOS CONDICIONADOS ADOPTADA PELA UNIÃO EUROPEIA	44
V.1.	ENQUADRAMENTO LEGAL DOS DESCONTOS CONDICIONADOS PELA UNIÃO EUROPEIA.....	46
V.2.	ORIENTAÇÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 102.....	47
	A) <i>Contexto</i>	47
	B) <i>Principais pontos trazidos pelas Orientações sobre o art. 102 acerca dos descontos condicionados</i> 48	
V.3.	CASO INTEL	55
	A) <i>O caso</i>	55
	B) <i>Decisão da Comissão</i>	56
	C) <i>Do julgamento pelo Tribunal Geral</i>	57
	D) <i>Do julgamento pelo Tribunal de Justiça</i>	62
	E) <i>Da natureza e da metodologia de análise dos tipos de descontos condicionados</i>	64
V.4.	CONCLUSÃO SOBRE A UNIÃO EUROPEIA.....	65

VI.	CAPÍTULO 5 – A METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DESCONTOS CONDICIONADOS ADOTADA PELOS EUA	68
VI.1.	CONTEXTO	68
VI.2.	METODOLOGIA APLICADA PELOS EUA: REGRA DA RAZÃO	69
	A) <i>LePage’s vs. 3M e Mckenzie-Willamette Hospital vs. PeaceHealth</i>	71
	B) <i>ZF Meritor vs. Eaton e Eisai vs. Sanofi-Aventis</i>	73
VI.3.	CONCLUSÃO SOBRE O ENTENDIMENTO AMERICANO	75
VII.	CAPÍTULO 6 – A ANÁLISE DE DESCONTOS CONDICIONADOS PELO CADE E A SUGESTÃO DE METODOLOGIA A SER ADOTADA PELO CADE	76
VII.1.	A RESOLUÇÃO Nº 20/1999 E A ANÁLISE DE CONDUTAS UNILATERAIS	76
VII.2.	CASOS DE CONDUTA UNILATERAL E DE DESCONTOS CONDICIONADOS JÁ ANALISADOS PELO CADE NA VIGÊNCIA DA LDC, UMA ANÁLISE QUANTITATIVA	78
VII.3.	O CASO AMBEV TÔ CONTIGO	80
	A) <i>A denúncia da Schincariol</i>	81
	B) <i>A defesa da Ambev</i>	83
	C) <i>A decisão do Cade</i>	86
	D) <i>Conclusão</i>	92
VII.4.	OUTROS CASOS	94
VII.5.	SUGESTÃO DE METODOLOGIA A SER ADOTADA PELO CADE	95
	A) <i>Do panorama atual de análise de condutas unilaterais</i>	95
	B) <i>A Análise Econômica do Direito Concorrencial</i>	96
	C) <i>Sugestão de metodologia a ser adotada pelo Cade</i>	100
VIII.	CONCLUSÃO	106
IX.	BIBLIOGRAFIA	109

I. INTRODUÇÃO

Não é novidade que a atividade empresarial tende a se desenvolver progressivamente de forma cada vez mais dinâmica. Empresas e empresários veem-se obrigados a inventar e reinventar não só produtos, como também novos modelos e estratégias de negócio.

As políticas comerciais desempenham um papel importante na modelagem e na estruturação das empresas. Tal protagonismo é tamanho que, em diversos casos, o sucesso de determinada prática comercial é decisivo para o resultado financeiro positivo ou negativo dos agentes de mercado.

Muitas dessas práticas comerciais têm, nos descontos condicionados, relevantes ferramentas para impulsionar o escoamento de produtos, trazer maior segurança na administração dos negócios e alavancar a conquista e/ou a manutenção da participação de mercado.

Nesse cenário, é essencial para as empresas, especialmente aquelas que detêm posição dominante, atentarem-se à possibilidade de suas políticas de descontos condicionados¹ produzirem efeitos anticompetitivos passíveis de sanção pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Refletir sobre a potencialidade lesiva dos descontos condicionados é ainda mais relevante tendo em vista o declarado² ímpeto do Cade de dedicar mais tempo à normatização e à investigação mais detalhada de casos envolvendo condutas unilaterais, como é o caso dos descontos condicionados.³

Apesar de o direito concorrencial encontrar fundamento constitucional desde a década de 1930,⁴ seu fortalecimento e consolidação no Brasil tiveram na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei nº 8.884/94), marco de grande relevância. Tal normativa sistematizou os dispositivos legais de matéria antitruste, criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e transformou o Cade em autarquia federal com destinação orçamentária própria.

¹ Para fins deste trabalho, os termos “desconto condicionado” e “descontos condicionados” serão tratados como sinônimos.

² Neste sentido, a partir de dados fornecidos pelo Cade, o relatório Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil, de 2019, identificou claramente deficiências na análise de condutas unilaterais pelo Cade. Neste mesmo documento, também é possível identificar que já àquela altura o Cade tinha como preocupação intensificar a persecução de condutas unilaterais. Vide OCDE (2019), Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em 22.01.2022. Também neste sentido, vide por exemplo, entrevista do ex-presidente Alexandre Barreto. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrencia/cade-alexandre-cordeiro-06072020>>. Acesso em 01.06.2021.

³ Conforme será detalhado nos Capítulos 1 e 3.

⁴ Vide, por exemplo, os artigos 115 a 117 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Nota-se que o tema da concorrência já era objeto de regulação desde a fase conhecida como “Fiscalista” no Brasil do século XVIII.

Desde o final dos anos 1990 e início dos anos 2000, a atuação do Cade se mostra em contínua expansão.⁵

Pode-se dizer que o tema ao qual os conselheiros do Cade mais tempo dedicaram durante a vigência da Lei nº 8.884/94 foi o controle de concentrações empresariais (Atos de Concentração ou AC). Entre os anos 2000 e 2012, cerca de 95% dos julgamentos do Cade relacionavam-se ao controle de concentrações, 3% dedicavam-se a condutas unilaterais e apenas 2% tratavam de condutas coordenadas.⁶

Este panorama se alterou com a publicação da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei nº 12.529/11 ou LDC), que revogou a Lei nº 8.884/94 e estruturou o “novo” SBDC. A LDC instituiu o controle prévio das concentrações econômicas, além da possibilidade de a aprovação das operações ser realizada pela Superintendência Geral do Cade (SG).

Tal mecanismo permitiu a diminuição substancial do número de ACs analisados pelo colegiado,⁷ conferindo, ao agora chamado Tribunal⁸, mais tempo para analisar as condutas *anticompetitivas*, que passaram então a ter mais espaço na pauta dos julgamentos. Em 2020, por exemplo, dos 58 casos julgados pelo Tribunal, 27% eram sobre condutas *anticompetitivas*, enquanto apenas 22% foram relativos a Atos de Concentração.⁹

A partir dos dados acima, é possível observar que, ao longo dos anos, a matéria objeto dos processos julgados pelos conselheiros passou por uma clara transição. Anteriormente, julgava-se prioritariamente Atos de Concentração. Atualmente, os Atos de Concentração são, na grande maioria, decididos pela SG e a análise de condutas *anticompetitivas* tem grande destaque na pauta de julgamento do Tribunal.

Em seu plano estratégico traçado para 2021-2024, o Cade incluiu o fortalecimento e a eficiência ao combate a cartéis e ao abuso de posição dominante como um dos dez objetivos

⁵ Em 1996, por exemplo, o número de processos analisados pelo Cade foi 900% maior do que aqueles analisados em 1994 e 1995. Cf. CADE. *Relatório Anual 1996*. Brasília, 1997. p. 22. Disponível em: <http://antitruste.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf/view>. Acesso em: 22/06/2020.

⁶ ATHAYDE, 2017, p. 22.

⁷ Em 2020, por exemplo, cerca de 96% dos Atos de Concentração analisados pelo Cade foram decididos na SG. Cf. CADE. *Anuário 2020*. p. 8. Disponível em: <<https://indd.adobe.com/view/f30f80e3-23b2-4370-9314-41a50b625073>>. Acesso em: 30/07/2021.

⁸ Segundo o art. 6º da LDC, o Tribunal do Cade é um órgão judicante, composto por seis conselheiros e um presidente, escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

⁹ Nos outros 50% estão incluídos procedimentos diversos, como análise de recursos em processos administrativo sancionador, ou até mesmo apuração de não notificação obrigatória de Atos de Concentração. Cf. CADE. *Cade em Números*. Disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.s.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 07/06/2021.

estratégicos centrais a ser perseguido.¹⁰

Como um dos marcos intermediários para alcançar tal objetivo, foi incluída a elaboração de nova resolução sobre condutas unilaterais, com término previsto para desenvolvimento de 2022 a 2024.

Isso significa que o próprio Cade admitiu a necessidade de revisar a forma como os casos de condutas unilaterais vêm sendo analisados, assim como também dedicar mais atenção à repressão dessas condutas.

Diante disso, nota-se que o tema da persecução às condutas unilaterais já está em foco e ficará ainda mais em evidência com a publicação da nova resolução.

O Cade tem uma nova oportunidade de sistematizar a regulamentação da matéria, assim como de criar uma metodologia clara e objetiva para a análise de casos envolvendo condutas unilaterais, inclusive de descontos condicionados.

Esse contexto implica uma maior e mais rigorosa atenção das empresas, especialmente daquelas detentoras de posição dominante, na adoção de políticas de desconto condicionado,¹¹ para se adequarem às normas e assim não se sujeitem às penalidades prescritas pela LDC. Neste cenário é igualmente importante para os agentes de mercado verificarem qual a metodologia de análise e critérios adotados pelo Cade no escrutínio de tais políticas comerciais.

Em pesquisa preliminar, foi possível verificar não haver jurisprudência e tampouco uma metodologia com critérios claramente definidos e aplicados pelo Cade quando do julgamento de casos envolvendo descontos condicionados por detentores de posição dominante.¹² Diante desse cenário, o objetivo central dessa pesquisa é sugerir uma metodologia com critérios claros e objetivos para o Cade aplicar quando tiver de se deparar com o julgamento de casos envolvendo descontos condicionados.

Tal metodologia levará em conta os precedentes do próprio Cade, da União Europeia¹³ e dos Estados Unidos da América (EUA), bem como uma análise sob a ótica da Análise Econômica do Direito Concorrencial.

¹⁰ Cf. CADE. *Planejamento Estratégico Cade 2020-2024*. pp. 22-41. Disponível em: <http://antitruste.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/planejamento_estrategico/planejamento_estrategico_2017_2020.pdf>. Acesso em: 25/07/2020.

¹¹ Neste contexto, destaca-se que atualmente está em trâmite no Cade o Processo Administrativo nº 08700.000270/2018-72, em que são investigadas políticas comerciais de descontos da Monsanto Company, Monsanto do Brasil Ltda., Bayer Aktiengesellschaft e Bayer S.A. Ainda não há sequer o parecer da SG no caso.

¹² Foi feito um corte metodológico para se considerar apenas as práticas levadas a cabo por agentes detentores de posição dominante, considerando a premissa de que somente agente detentores de posição dominante podem levar a cabo condutas aptas a trazer algum efeito negativo para a dinâmica concorrencial. Para mais detalhes, vide Capítulo 1.

¹³ As referências à “jurisprudência europeia” referem-se aquelas tomadas no âmbito da Comunidade Econômica Europeia e da própria União Europeia.

Diante deste contexto, este trabalho apresentará um estudo descritivo, analítico e propositivo, estruturado em seis capítulos, somadas a esta Introdução e à Conclusão.

No Capítulo 1 será feita uma breve introdução aos conceitos elementares do direito concorrencial, principalmente àqueles que têm pouca familiaridade com o tema. O objetivo do capítulo é facilitar a compreensão geral deste estudo, sem deixar a tecnicidade de lado, visando ampliar sua utilidade prática.

No Capítulo 2 serão descritos resumidamente os tipos de ilícitos concorrenciais encontrados na doutrina, bem como as tradicionais metodologias de análise comumente empregadas na União Europeia, nos EUA e no Brasil para análise e julgamento dessas condutas anticompetitivas.

No capítulo 3 será apresentado o conceito de desconto condicionado e seus possíveis efeitos pró e anticompetitivos. Também serão descritos os tipos de descontos condicionados citados ordinariamente nos manuais de direito concorrencial e em diretivas e guias da União Europeia, dos EUA e do Brasil.

Nos Capítulos 4 e 5 serão apresentadas resumidamente as diretivas e normativas que orientam a análise de condutas unilaterais na União Europeia e nos EUA. Uma vez feito esse introito, serão descritas as metodologias empregadas na análise das condutas envolvendo descontos condicionados.

Ao final, pretende-se chegar a uma conclusão sobre a metodologia empregada pela União Europeia e pelos EUA no exame dos casos envolvendo descontos condicionados, sob a ótica do direito concorrencial.

No Capítulo 6 serão expostos, para referência, os principais aspectos da Resolução nº 20/1999 do Cade, sobre condutas unilaterais. Será realizado um estudo quantitativo e qualitativo acerca dos casos já julgados pelo Cade na vigência da LDC envolvendo condutas unilaterais e, mais especificamente, de casos de desconto condicionados. Para fins didáticos, serão descritos resumidamente os principais precedentes do Cade sobre descontos condicionados.

No Capítulo 7, e considerando todas as ponderações constantes dos capítulos anteriores, será trazida uma sugestão de metodologia para o Cade utilizar quando enfrentar o tema de descontos condicionados.

Por fim, será apresentada a conclusão do trabalho.

II. CAPÍTULO 1 – CONCEITOS ELEMENTARES

Tendo em vista que este trabalho tem uma finalidade propositiva e prática, sem deixar a tecnicidade de lado, a ampla compreensão de seu conteúdo é essencial para que alcance o fim desejado. Nesse sentido, e considerando que o direito antitruste ainda é uma matéria relativamente recente nas grades curriculares das faculdades de Direito do Brasil e pouco divulgada fora dos tradicionais centros econômicos nacionais, serão apresentados concisamente alguns conceitos elementares e essenciais para a apreensão do conteúdo deste estudo.

II.1. A LDC, SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E OBJETIVOS

A Lei nº 12.529/2011 é a responsável por estruturar o SBDC como ele é conhecido hoje em dia. O seu artigo 1º já anuncia que a finalidade da lei é a de estruturar o SBDC, dispondo normas sobre a prevenção e repressão às infrações da ordem econômica.

Em um sentido empírico e econômico, ordem econômica se refere ao modo de ser, ao conjunto de fatores e das relações econômicas da realidade concreta.¹⁴ No entanto, a LDC faz referência à ordem econômica constitucional, positivada no art. 170 da Constituição Federal de 1988 (CF), que tem entre seus princípios fundantes a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

A ordem econômica como posta na CF não deve ser entendida apenas como o conjunto de fatores e das relações econômicas, mas sim como o conjunto de normas que regulam o comportamento dos sujeitos econômicos, constituindo-se no sistema normativo da ação econômica. Desta forma, pode-se dizer que a LDC tem a finalidade de prevenir e reprimir atos contrários às normas que regulam o comportamento dos sujeitos econômicos.

Tais normas são decorrentes dos valores sociais e princípios norteadores da ordem econômica elencados no art. 170 da CF. Isto posto, é de se concluir que o direito da concorrência tem caráter público, supraindividual, funcionando na verdade como um instrumento de implementação das políticas públicas.¹⁵

Neste contexto, deve-se ter claro que o direito da concorrência e a LDC devem tutelar imediatamente as regras de funcionamento do mercado, e não os agentes de mercado ou os

¹⁴ MOREIRA, Vital. In GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 17ª edição, revista e atualizada. Editora Malheiros. São Paulo, 2015, p. 65.

¹⁵ Neste contexto, é possível afirmar que a LDC confere concreção ao art. 170 da CF.

consumidores em si.¹⁶ Esses, são imediatamente tutelados por outros campos do direito, como direito civil, direito penal e direito do consumidor.

II.2. INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NA LDC

Uma vez descrito o objetivo primordial da LDC, é importante destacar o que a mencionada lei considera como infração da ordem econômica. De início, pode-se dizer que não há uma definição hermética sobre o que seria uma infração da ordem econômica. Nos termos do art. 36 da LDC, podem ser caracterizadas como infração da ordem econômica quaisquer atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que potencialmente: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Desta forma, a definição do que seria uma infração da ordem econômica ocorre de maneira indireta, avaliando-se o objeto e/ou os efeitos da ação do agente econômico. Assim, pode-se dizer que toda conduta que tem por objeto ou é capaz de gerar qualquer um dos efeitos descritos nos incisos I a IV do art. 36 da LDC pode ser caracterizada como infração da ordem econômica.

Interessante notar que a existência de dolo ou culpa no ato praticado é irrelevante nos termos da LDC, tendo a lei estabelecido como regra¹⁷ a responsabilidade objetiva¹⁸ na apuração de ilícitos.

Adicionalmente, também é de se destacar que a infração da ordem econômica não tem fórmula prescrita, como dito, basta apenas que a conduta tenha o objeto ou possa produzir os efeitos descritos nos incisos I a IV do art. 36. Não é necessário que os efeitos sejam efetivamente produzidos, a simples potencialidade de produzi-los já seria suficiente para a tipificação da infração da ordem econômica.

É importante sublinhar que a doutrina e a jurisprudência do Cade entendem como condição para a configuração de uma infração da ordem econômica a existência de poder econômico do agente

¹⁶ Neste sentido, o parágrafo único do art. 1º da LDC estabelece que: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

¹⁷ Exceção se faz quando da apuração da participação de administrador relacionado à pessoa jurídica acusada de violar a ordem econômica. Nesse caso, deverá ser verificada a existência de dolo ou culpa. Cf. art. 37, III da LDC.

¹⁸ Sobre esse tema, é interessante destacar o antigo debate sobre a constitucionalidade da regra de imputação da responsabilidade objetiva na apuração de infração contra a ordem econômica no âmbito da LDC. Apesar da existência destas discussões, como bem pontua Leonor Cordovil, a jurisprudência do Cade é pacífica e consolidou a aplicação da responsabilidade objetiva. Para mais detalhes, cf. CORDOVIL et al., 2011. Sobre este tema, entretanto, há um debate acerca da matriz lógico-jurídica tipificada na LDC, uma vez que a responsabilidade objetiva exigiria a demonstração de autoria, dano e nexo de causalidade. A depender da interpretação que se tome, pode-se afirmar que o ilícito concorrencial disposto na LDC não exige a presença do dano, razão pela qual ele é identificado como um tipo penal próprio. Neste sentido, vide GABAN, Eduardo Molan. *Justiça Especializada para Combate a Cartéis*. Editora WebAdvocacy. Brasília, DF, 22 de setembro de 2021.

de mercado autor da conduta investigada.¹⁹ A verificação da existência de poder econômico pressupõe a delimitação de antemão de um mercado sobre o qual tal poder é exercido, o chamado mercado relevante. Desse modo, é apresentada abaixo a definição de mercado relevante.

II.3. MERCADO RELEVANTE

O termo mercado comporta duas dimensões, uma concreta, que se refere ao local físico onde as pessoas frequentam e realizam trocas de mercadorias, e outra abstrata, relativa ao conjunto das próprias relações comerciais em si.²⁰

A noção empregada por este estudo é a abstrata, utilizada no sistema capitalista, dotada de caráter econômico, que pode ser entendida como:²¹ “(...) um sistema: um único e grande espaço econômico²² onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos”.

A capacidade de um agente econômico influenciar determinado mercado depende do nível de concorrência que ele enfrenta nesse mercado. Para verificar o nível de concorrência do mercado, deve-se definir qual mercado está sendo considerado. Via de regra, produtores de bens diferentes²³ não são capazes de influenciar o mercado onde não exercem ou enfrentam concorrência. Por exemplo, produtores de carros não concorrem com produtores de desodorantes. O aumento no número da oferta de carros em nada deve influenciar a oferta de desodorantes, ou seu preço.

Dessa forma, é importante delimitar quais produtos compõem aquele mercado específico em que será analisada a existência de poder econômico – uma vez que nem todos os produtos concorrem entre si – e o alcance geográfico de tal mercado, visto que não basta que os produtos concorram entre si abstratamente, mas sim que representem alternativas do ponto de vista do consumidor. Assim, ilustrativamente, para um consumidor ordinário, o desodorante comum vendido em um supermercado em São Paulo capital não concorre com o mesmo desodorante vendido em Belo Horizonte. O consumidor que mora em Belo Horizonte sequer deve avaliar a possibilidade de comprar o mesmo desodorante no supermercado em São Paulo.

¹⁹ Idem, p. 103.

²⁰ BRUNA, 2001, pp. 75-76.

²¹ Idem.

²² A referência a espaço econômico é abstrata, diferentemente da referência ao espaço, local físico, como mencionado na dimensão concreta de mercado.

²³ Muito embora nossa referência seja a produtos, tal noção vale também para serviços.

Esse conjunto produto e limitação geográfica²⁴ compõem o chamado mercado relevante.²⁵ Esse não é apenas um conceito econômico, mas também jurídico, sendo referido diversas vezes na LDC, podendo ser entendido, em última análise, como o mercado no qual e sobre o qual serão analisadas as condutas dos agentes econômicos. Ou ainda, mais simplificada, o mercado relevante é o mercado em que o agente econômico pode exercer alguma influência.

II.4. PODER ECONÔMICO E POSIÇÃO DOMINANTE

A noção de poder econômico está diretamente relacionada à condição de independência e indiferença do agente de mercado para tomar decisões sem se preocupar com possíveis consequências que tais decisões lhe trariam em um regime concorrencial puro. Nas palavras de Sérgio Bruna:

O poder econômico expressa, claramente, esta relação antiética com a noção tradicional de mercado. Para as finalidades de sua disciplina jurídica, o conceito de poder econômico, assim, abrange aqueles produtores cuja participação na oferta global lhes confira a capacidade de reduzir a oferta com o objetivo, de aumentando os preços lucros, maximizar seus lucros, ao mesmo tempo em que também compreende as situações de monopólio e oligopólio onde o controle se dá pelo lado da procura, cuja retratação pode ensejar uma redução forçada de preços. Não há por que se adotar um conceito que inclua uma dessas situações e exclua a outra.²⁶

A detenção de poder econômico comporta graus: quanto maior a capacidade de um agente de se comportar alheio aos outros agentes de mercado, maior o seu poder econômico. Nem todo agente que detém poder econômico é relevante para o direito concorrencial. O grau de detenção de poder econômico passará a ser relevante apenas quando for substancial, possibilitando ao titular influenciar substancialmente o processo de formação de preço do mercado, atuando no lado da oferta ou da demanda. Quando isso ocorrer, pode-se dizer que o agente de mercado tem posição dominante.

Esse conceito jurídico consta inclusive na LDC, no art. 36, § 2º:

²⁴ Para a definição do mercado relevante não existem fórmulas matemáticas prontas e acabadas. São utilizados métodos que avaliam alguns indicadores. No caso do mercado relevante geográfico, são avaliados, por exemplo: o hábito dos consumidores, a incidência de custos de transporte e frete, as características dos produtos, as taxas de câmbio praticadas etc. Já a definição do mercado relevante na esfera do produto considera principalmente o grau de fungibilidade do produto pelo consumidor, isto é, verifica-se se o consumidor está normalmente disposto a substituir determinado bem por outro. Caso a resposta seja positiva, os produtos analisados compõem o mesmo mercado relevante sob a ótica do produto. Cf. FORGIONI, 2017, pp. 220-229.

²⁵ Em casos excepcionais, também pode-se falar em mercado relevante sob a ótica temporal, para produtos que são comercializados apenas em determinadas temporadas do ano, como por exemplo, sorvetes especiais que estão disponíveis apenas no verão, ovos de Páscoa que são comercializados em época específica do ano etc.

²⁶ BRUNA, 2001, p. 104

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

(...) § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

A presunção de posição dominante baseada na participação de mercado é relativa, e tem o efeito prático de inverter o ônus da prova no sentido de que o agente envolvido em uma conduta anticoncorrencial deve provar que não detém 20% de participação de mercado,²⁷ ou que, independentemente disso, seu poder econômico não é suficiente para gerar qualquer efeito negativo ao mercado.²⁸

Uma vez posto esse conceito, é possível afirmar que os atos levados a cabo por agentes que não detém posição dominante, em regra, não são capazes de gerar efeitos anticompetitivos.

É verdade que o próprio processo de concorrência ocasiona necessariamente efeito negativo para pelo menos algum dos concorrentes no mercado. O fato de um novo entrante oferecer produtos de mais qualidade e a melhores preços que aqueles já disponíveis em determinado mercado, possivelmente acarretará efeitos negativos aos agentes já atuantes naquele mercado, por exemplo. Essa vantagem competitiva é lícita e desejável pelo direito antitruste. A concorrência baseada no mérito, que leva à eliminação de concorrentes menos eficientes, serve ao propósito do direito concorrencial.²⁹

O que o direito da concorrência deve analisar se esses efeitos negativos sobre a concorrência são decorrentes de ações lícitas ou ilícitas dos agentes de mercado.

A detenção de poder econômico, ou ainda, de posição dominante por si, não é ilícita se natural e decorrente da maior eficiência de uma empresa em relação a seus concorrentes. Pelo contrário, a LDC é clara em estabelecer no art. 36, § 1º que:

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

²⁷ Em teoria, calcular a participação de mercado parece uma tarefa fácil: basta somar os dados de todo o mercado relevante e verificar a proporção individual do agente frente ao total dos dados do mercado. Essa proporção seria sua participação de mercado. O problema reside em escolher quais são os dados que devem ser utilizados: um faturamento, o volume das unidades vendidas, o volume das unidades compradas, capacidade de produção efetiva, capacidade de produção instalada etc. Para fins práticos, o cálculo da participação de mercado deve preferir considerar com volume de unidades vendidas e o faturamento obtido no mercado. Cf. BRUNA, 2001, p. 117.

²⁸ A participação de mercado é o principal indicador, mas não o único que aponta para a existência ou não de poder econômico. Claro que, em casos extremos, como ampla participação de mercado ou diminuta participação de mercado, ela já é capaz de denotar, por si, a existência de posição dominante, ou sua ausência.

²⁹ Cf. FORGIONI, 2017, p. 275.

(...) II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
(...) § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Dado que o titular de posição dominante tem maior facilidade para influenciar negativamente a concorrência, sobre ele recai maior vigilância das autoridades antitrustes. Além disso, também é esperada maior cautela dessas empresas em seus atos ordinários, como bem pontua Paula Forgioni:

A ideia é que a concorrência já se encontra restringida em mercados nos quais atua a empresa com posição dominante, de sorte que não se pode permitir que ela reduza, ainda mais, a competição. Exemplo desse posicionamento é encontrado no caso Van den Bergh Foods, de 2003. O oferecimento gratuito, ao distribuidor, de freezer para armazenamento de sorvetes na condição de que fosse utilizado exclusivamente para produtos da empresa dominante foi considerado abusivo. Embora a prática fosse comum no mercado, entendeu a Corte europeia que “essas considerações, aplicáveis em situações normais de mercados competitivos, não podem ser aceitas sem reservas no caso de mercados em que, justamente porque um dos agentes detém posição dominante, a concorrência já se encontra restringida.”³⁰

Feitos tais esclarecimentos, é apresentada na sequência uma breve descrição da caracterização de infrações econômicas como condutas coordenadas ou unilaterais. Conforme se verá, a classificação do desconto condicionado como uma conduta unilateral tem consequência direta no tipo de metodologia adotada para a análise dos seus efeitos sobre a concorrência.

II.5. CONDUTAS COORDENADAS E UNILATERAIS

As condutas anticoncorrenciais são tradicionalmente classificadas pela doutrina em dois grandes grupos, condutas coordenadas e condutas unilaterais.

As condutas coordenadas pressupõem entendimentos, uniformização com outro agente de mercado, a colusão entre as partes. Quando realizadas entre agentes de um mesmo mercado, fala-se em acordos horizontais, sendo o cartel a mais conhecida delas. Já quando envolve agentes de diferentes mercados, parte ou não de uma mesma cadeia de produção, tem-se os conhecidos acordos verticais. Pode ocorrer quando, por exemplo, um fornecedor e um cliente acordam o fornecimento de determinada matéria-prima desde que o mesmo fornecedor não oferte tal matéria-prima a outro cliente pré-determinado.

Nas condutas unilaterais, por sua vez, não existe a coordenação entre os agentes de mercado, uma empresa apenas impõe unilateralmente uma condição às outras. É o caso, por exemplo, da exclusividade, de vendas casadas, de descontos de fidelidade, de fixação de preço de revenda, recusa

³⁰ FORGIONI, 2017, p. 297.

de contratar, discriminação de condições comerciais, restrição de acesso a insumos, exploração abusiva de direitos de propriedade intelectual etc.

As condutas unilaterais podem gerar o efeito imediato de excluir agentes do mercado e, a partir daí, possibilitar a dominação do mercado pelos autores das condutas anticompetitivas. Nesse ponto, elas diferem do cartel, por exemplo, que ao estabelecer um acordo entre concorrentes tem como objetivo primário dominar o mercado e acaba secundariamente levando à exclusão de concorrentes que não participam do conchavo.³¹

O tratamento das condutas unilaterais à luz do direito da concorrência será sempre casuístico, decorrente de um abuso – de direito e de uma posição de fato – e será ilícito se gerar efeitos negativos líquidos³² à concorrência. No entender do ex-conselheiro Marcos Paulo Veríssimo:

Há algo muito próprio às condutas unilaterais, que é o seu tratamento, sempre, sob a ótica do abuso de direito. Ao contrário de muitos acordos anticompetitivos que podem ter a restrição à concorrência como seu próprio objeto, as condutas unilaterais, de seu turno, em geral são expressões genuínas da própria agressividade empresarial em um contexto de mercado. Sua eventual punição pelo direito da concorrência depende, em outras palavras, de um contexto específico, em que a posição dominante do agente, aliada às condições de mercado e à natureza da conduta adotada, pode fazer que este tipo de ação anticompetitiva acabe impactando negativamente a concorrência, com efeitos deletérios para a sociedade.³³

Tendo em vista que o foco do presente trabalho consiste na análise dos descontos condicionados, que nada mais são do que uma conduta unilateral decorrente do abuso de posição dominante, é apresentada a análise desse conceito.

II.6. O ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE

Como descrito, a posição dominante nada mais é do que determinada medida do poder econômico (ou poder de mercado), a partir da qual se presume que o titular possa influenciar o mercado, principalmente manipulando o processo de formação de preço. Dessa forma, quando se fala em abuso de posição dominante, está aí implícito o abuso do poder econômico, uma vez que não existe posição dominante sem a detenção de poder econômico.

³¹ SALOMÃO, 2013, p. 458-461.

³² No capítulo 2 será detalhada e explicada a análise de efeitos, bem como o conceito de efeitos líquidos negativos.

³³ VERÍSSIMO, 2016, p. 348.

Como visto, muito embora a literalidade³⁴ da LDC vede qualquer ato que tenha o efeito de levar ao abuso de posição dominante seja claramente vedado pela LDC, não há na legislação qualquer definição sobre esse termo, permanecendo ele como um conceito jurídico indeterminado.

Um das formas mais usuais para tentar chegar a uma delimitação desse conceito é por exclusão. Isso quer dizer que se um ato não se enquadrar como exercício regular do poder econômico, ele significa então o exercício abusivo do poder econômico, que deve ser reprimido pela tutela do Estado.

É claramente perceptível que o Estado brasileiro optou pelo sistema capitalista ao estruturar sua ordem econômica na propriedade privada dos meios de produção, relegando a si somente explorar a atividade econômica em situações muito peculiares, de acordo com a própria CF.³⁵

Também é evidente que a propriedade privada e a livre concorrência são instrumentos de promoção da ordem econômica e da sociedade. Nesse cenário, insere-se o titular de poder econômico, detentor dos meios de produção, que não deve ter sua ação guiada exclusivamente por seus interesses privados, a quem recai, antes de tudo, um ônus de promover o desenvolvimento social. De modo algum isso significa que a empresa não deve perseguir o lucro, como bem pondera Sérgio Bruna:

Obviamente, com isto não se quer transformar a empresa privada, que seja dotada de poder econômico, em serviço público. É natural que a exploração econômica empresarial privada seja motivada por interesses particulares, e não cabe buscar substituir tais interesses pelo abstrato interesse público. O que não se admite é descuidar se o titular de tal poder na busca de seus interesses privados exercendo ou contrariamente ao interesse da comunidade, inviabilizando lhe, assim, o desenvolvimento e a luta pela justiça social.³⁶

A ordem econômica também estabelece um regime de livre concorrência a ser seguido no mercado, sendo a concorrência a regra e não a exceção. Pelos conceitos já explicados, é possível concluir que concorrência e poder econômico são antagônicos: quanto mais poder econômico determinado agente detém em um mercado, menos concorrência há nesse mercado.

O poder econômico é um dado estrutural, um fato, admitido pela ordem econômica. O que não se admite é que o exercício desse poder de mercado tenha por efeito a eliminação ou restrição substancial da concorrência. Tal restrição à concorrência somente poderá ser aceita se houver outro ganho para a sociedade que compense a perda de bem-estar gerada pela restrição à concorrência:

Todavia, o que se há de perquirir é se o poder econômico, num dado caso concreto, em seja maior ganho social relativamente ao regime concorrencial tal não deixa de ser, em termos

³⁴ Como será apresentado no Capítulo 2, a análise de uma conduta por efeitos, pela regra da razão, aceita determinado grau de abuso de posição dominante desde que tal conduta gere efeitos líquidos positivos para a concorrência.

³⁵ Vide arts. 170 e 173.

³⁶ BRUNA, 2001, p. 104.

mais simples, uma avaliação à luz do critério de custo-benefício a qual, bravo, resultará na admissão da licitude do poder econômico.³⁷

Dessa forma, tem-se por abuso do poder econômico o:

(...) exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente à sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo se decidido os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.³⁸

Como bem assinalado pelo ex-conselheiro Marcos Paulo Veríssimo e pelo professor Calixto Salomão,³⁹ a dominação de mercado, com o conseqüente prejuízo à livre concorrência e eventual aumento arbitrário de lucros, no âmbito da conduta unilateral, decorre da imposição ilegal da condição unilateral, que só é possível graças à posição dominante detida pelo agente econômico. Assim, é possível afirmar que a prática ilícita de descontos condicionados se caracterizaria como abuso de posição dominante na medida em que pode levar à restrição da livre concorrência, especialmente pela criação de barreiras à entrada e ao desenvolvimento de concorrentes no mercado.

II.7. A CRIAÇÃO DE BARREIRAS AO INGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE CONCORRENTES NO MERCADO

Na calibragem dos preços, os agentes de mercado consideram não só a concorrência efetiva e existente no mercado, mas também a concorrência em potencial. Ilustrativamente, pode ser citada a situação na qual em determinada cidade existam apenas duas empresas que comercializem bolos de festa. Como não existem grandes dificuldades para outra empresa ingressar nesse mercado (já que o investimento é relativamente baixo, não há regulação no setor etc.), a tendência é que as empresas já atuantes mantenham seus preços mais próximos ao nível competitivo. Caso os preços sejam excessivos, há a tendência de os lucros elevados chamarem a atenção e incentivarem novas empresas a entrarem no mercado, o que aumentará a concorrência e poderá levar a uma diminuição do preço dos bolos.

³⁷ Idem nota anterior. pp. 177-178.

³⁸ Idem nota anterior.

³⁹ Vide notas 33 e 34 acima.

A maior ou menor facilidade para um novo concorrente entrar no mercado é determinada pelas conhecidas barreiras à entrada. Quanto maior a dificuldade, maior a barreira à entrada, quanto menor a dificuldade, menor a barreira à entrada.

Como traz o próprio Cade em sua Resolução 20/1999⁴⁰, barreiras a entrada dizem respeito às condições que permitiriam que as firmas estabelecidas em um determinado mercado relevante pudessem perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes.

Esse mesmo conceito também é aplicável quando é obstruída a expansão (desenvolvimento) de concorrentes já atuantes no mercado – as conhecidas barreiras à expansão ou barreiras ao desenvolvimento.

Segundo Krugman e Wells,⁴¹ as principais barreiras à entrada podem ser de cinco naturezas distintas: o controle de um recurso escasso, as economias de escala, a superioridade tecnológica, as barreiras criadas pelo governo (como aquelas regulatórias, por exemplo) e as externalidades de rede.

A existência e a intensidade das barreiras à entrada ou à expansão devem ser analisadas no caso concreto. Algumas barreiras podem representar um grande impeditivo para determinado agente econômico e, ao mesmo tempo, serem insignificantes para outro no mesmo mercado considerado.

A título exemplificativo, o investimento a ser realizado pode ser considerado como uma barreira à entrada. O agente econômico racional, como tal, faz tanto a conta do montante do investimento para entrar no mercado quanto a conta para sair dele. Seria o caso, por exemplo, de uma empresa que deseja entrar no mercado de fabricação de soda cáustica. O investimento em infraestrutura, maquinário e logística é altíssimo. Grande parte dos equipamentos são fabricados para o fim específico de provocarem as reações químicas para gerar e filtrar a soda cáustica. Caso esse entrante não tenha sucesso no mercado, seu custo de saída é elevado. Deverá encontrar interessados em comprar o maquinário e, se encontrar, pagará a um deságio altíssimo. Além disso, haverá uma preocupação com a questão ambiental, de realizar o descarte e a manutenção da indústria corretamente, mesmo que não esteja em pleno funcionamento. Nesse caso, o investimento revela-se, via de regra, uma elevada barreira à entrada. No exemplo anteriormente citado, do mercado de fabricação de bolos, o investimento já não pode ser considerado como uma barreira à entrada.

Gastos com publicidade e propaganda também podem se caracterizar como uma barreira à entrada, como no caso de um mercado composto por poucos agentes e que deter uma marca forte é essencial para o sucesso da empresa. Para um entrante, será fundamental investir na construção da marca do seu produto; nesse cenário, gastos com publicidade e *marketing* podem representar uma

⁴⁰ Vide item 2.3.4 da Resolução 20/1999.

⁴¹ KRUGMAN; WELLS, 2021, pp. 326-328.

barreira à entrada. Caso a empresa não consiga se firmar e desenvolver no mercado, esse investimento será irrecuperável.

Conforme será detalhado no Capítulo 3, além de poder gerar barreiras à entrada e ao desenvolvimento, a prática de descontos condicionados também pode gerar efeitos positivos para o mercado, como possibilitar economias de escala⁴², economias de escopo e economias com custo de transação. Apenas para manter a clareza desses conceitos, eles são apresentados por fim abaixo.

II.8. ECONOMIAS DE ESCALA, DE ESCOPO E CUSTO DE TRANSAÇÃO

De forma simples, o custo médio total das empresas é a somatória do custo fixo (aqueles que existem independentemente do volume da produção) e do custo para produzir uma unidade adicional do bem (custo marginal), dividido pelo número de unidades produzidas. Na medida em que uma empresa produz uma unidade adicional, a tendência é que até um determinado ponto haja a dissolução do custo fixo, diminuindo progressivamente o custo total médio. Essa economia proporcionada com o aumento da produção é chamada de retornos à escala, ou economia de escala, como explicado nas palavras de Krugman e Wells:

As empresas que experimentam efeitos de escala na produção verificam que seu custo total médio de longo prazo muda consideravelmente, dependendo da quantidade de produto que elas produzem. Ocorrem retornos crescentes à escala (também conhecidos como economias de escala) quando o custo total médio de longo prazo declina à medida que o produto aumenta.⁴³

No contexto do direito concorrencial, as economias de escala podem tanto representar efeitos positivos à concorrência, forçando a diminuição dos preços, quanto se constituir também em barreiras à entrada.

A concessão de desconto, tendo como base a economia com o aumento da venda e a produção de determinado bem, pode representar um efeito positivo para a concorrência. No entanto, a depender das características do mercado, também pode impedir que entrantes pratiquem preços competitivos em virtude de seu elevado custo de produção, que no momento inicial, não contaria com as economias de escala, se comparado ao custo do incumbente.

Os descontos condicionados⁴⁴ também podem gerar economias de escopo, especialmente quando considerado o desconto por pacote ou multiprodutos. Muitas empresas produzem bens que

⁴² Como visto neste item, as economias de escala também podem representar uma barreira à entrada.

⁴³ KRUGMAN; WELLS, 2021, pp. 293-294.

⁴⁴ Conforme definidos adiante no item IV.1.

são complementares ou ainda subprodutos uns dos outros. A fabricação de peças do interior de um carro, como direção e *airbags*, não necessariamente utilizam o mesmo processo produtivo e maquinário. Mas há custos envolvidos com a fabricação de um bem que podem ser aproveitados na industrialização do outro bem. Por exemplo: o mesmo local físico, o emprego da mesma equipe de engenheiros, a mesma equipe de *marketing* etc.

Caso semelhante se dá também com a fabricação de chapas de aço que gera sucatas que podem ser comercializadas com altos valores no mercado de sucatas. Tanto a sucata, quanto as chapas de aço, foram geradas a partir de um único processo de industrialização.

Tal utilização de uma mesma estrutura para produzir bens diversos gera economias produtivas conhecidas como economias de escopo.⁴⁵

Por fim, outra eficiência frequentemente relacionada aos descontos condicionados é o fato de que eles podem gerar redução com os custos de transação. Os custos de transação são todos aqueles custos que as partes incorrem no processo de efetivação de uma negociação. É o caso, por exemplo, de custos com a contratação de advogado para analisar os termos de um contrato de compra e venda, custos com curva de aprendizado sobre aspectos administrativos e procedimentos dos clientes.⁴⁶

Além dos conceitos acima delimitados, é importante destacar que muito se discute na prática concorrencial brasileira⁴⁷ sobre os conceitos de ilícito concorrencial por objeto e ilícito concorrencial por efeitos, bem como os conceitos e metodologias de análise da regra da razão e da regra *per se*.

Como o objetivo deste trabalho passa necessariamente pela sugestão de uma metodologia de análise dos descontos condicionados, é importante, de antemão, apresentar quais são os tipos de ilícito concorrencial e as metodologias mais tradicionais de análise, conforme apresentados abaixo.

⁴⁵ PINDYCK; RUBINFELD, 2012, pp. 258-259.

⁴⁶ Cf. MANKIW, 2019, p. 654. .

⁴⁷ O objetivo deste trabalho não é de forma alguma discutir detalhadamente sobre as origens e teorias de tais conceitos. Dessa forma, eles serão apresentados objetivamente.

III. CAPÍTULO 2 – A REGRA DA RAZÃO E A REGRA PER SE, O ILÍCITO POR OBJETO E O ILÍCITO POR EFEITOS

III.1. O DIREITO NORTE-AMERICANO: REGRA DA RAZÃO E REGRA *PER SE*

A regra da razão e a regra *per se* não são tipos legais, tampouco representam alguma disposição de lei. Tais conceitos se referem a duas metodologias de análise distintas de um ilícito concorrencial, frutos de elaboração jurisprudencial norte-americana.

A regra *per se* seria uma metodologia de análise em que, de antemão, já se tem a valoração dos efeitos líquidos de determinada conduta que são considerados prejudiciais à concorrência *a priori*, de forma que, por consequência, a conduta é considerada ilícita, não admitindo prova em contrário.

Não se trata da ausência de análise dos efeitos de uma conduta, mas de uma opção legislativa ou do aplicador da lei⁴⁸, que, devido à considerável e sólida experiência judicante, associada a diversos estudos sobre a conduta em questão, opta por considerá-la de antemão anticoncorrencial, em qualquer caso.⁴⁹ É uma forma de tornar mais eficiente – em termos de emprego de recursos e de tempo – a investigação sobre a licitude de determinada conduta.

Uma vez denunciada uma conduta a ser analisada pela regra *per se*, a única defesa possível para o acusado é a de provar a não ocorrência da conduta questionada – ausência de materialidade – e/ou a sua não participação – ausência de autoria.

Sobre tal regra, já se pronunciou a Suprema Corte norte-americana:

No entanto, há certos acordos ou práticas que, devido ao seu efeito pernicioso sobre a concorrência e a falta de qualquer efeito compensatório, são conclusivamente presumidos como desarrazoados e, portanto, ilegais sem investigação elaborada quanto o dano preciso que causaram ou a justificativa comercial para seu uso. Este princípio da irrazoabilidade *per se* não apenas torna o tipo de restrições que são proscritas pela Lei Sherman mais certo para o benefício de todos os envolvidos, mas também evita a necessidade de uma investigação econômica incrivelmente complicada e prolongada em toda a história da indústria investigada, bem como setores relacionados (...). Entre as práticas que os tribunais até agora consideraram ilegais em si mesmas estão a fixação de preços, Estados Unidos v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U. S. 150, 310 U. S. 210; divisão de mercados, Estados Unidos v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271, afirmado, 175 U. S. 211; boicotes de grupo, Fashion Originators 'Guild v. Federal Trade Comm' n, 312 U. S. 457; e arranjos de vinculação, International Salt Co. v. Estados Unidos, 332 U.S. 332 U. S. 392.⁵⁰

⁴⁸ No caso norte-americano, da Suprema Corte.

⁴⁹ Nesse sentido, é interessante destacar a crítica de Hovenkamp ao desenvolvimento da jurisprudência norte-americana da regra *per se* a alguns casos de restrições verticais. Segundo o autor, a interpretação *per se* contra as práticas de venda casada e manutenção de preço de revenda foram desenvolvidas sem uma investigação real sobre os efeitos das práticas em todo o mercado, se tornando desarrazoadas. Na visão de Hovenkamp, inclusive, o estabelecimento de preço de revenda seria, na maioria das vezes, pró-competitivo. Cf. HOVENKAMP, 2005, p. 121.

⁵⁰ Tradução livre. Vide original em Northern Pacific Railway v Estados Unidos, 356 U.S. 1, 5 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/>>. Acesso em: 05/07/2021

Já a regra da razão opta por outra abordagem. De acordo com essa metodologia, a conduta analisada não deve ser considerada de antemão ilícita. Para que se chegue a uma conclusão sobre a licitude ou não da conduta, deve haver uma análise detalhada das circunstâncias do caso concreto e ao final, caso verificado efeitos líquidos negativos para a concorrência, a conduta será considerada anticoncorrencial.⁵¹ Há, portanto, um ônus para o aplicador da lei em analisar as condições estruturais do mercado no qual a conduta está inserida, as características peculiares da própria conduta, bem como a necessidade de se verificar os efeitos da conduta. Somente após constatado que os efeitos líquidos negativos da conduta superam os positivos, e diante da ausência de uma justificativa plausível, é que a conduta pode ser considerada ilícita. Sobre a regra da razão, já afirmou a Suprema Corte norte-americana:

Razão da regra: de comércio ou outras práticas que não são ilegais per se. A pergunta básica se os aspectos pró-competitivos da prática superam seus aspectos anticompetitivos. A maioria dos casos antitruste são analisados sob a regra de razão, 'segundo a qual o aplicador da lei deve decidir se a prática questionada impõe uma restrição injustificada à concorrência, levando em consideração uma variedade de fatores, incluindo informações específicas sobre o negócio relevante, sua condição antes e depois da imposição da restrição e a história, natureza e efeito da restrição'. 457 U. S., at 343, and n. 13 (citando o Board of Trade of Chicago v. United States, 246 U. S. 231, 238 (1918)).⁵²

Diferentemente da regra da razão e da regra *per se*, os conceitos de ilícito por objeto e de ilícito por efeitos não representam uma metodologia de análise em si, muito embora, a depender da natureza do ilícito, altera-se a metodologia a ser aplicada na análise de licitude, como descrito na sequência.

⁵¹ Há uma discussão doutrinária nos EUA em que se questiona a identificação da regra da razão com a realização do balanço dos efeitos positivos e negativos da conduta. Para alguns autores, a regra da razão consistiria apenas na inquirição dos efeitos competitivos da conduta analisada, incluindo sua racionalidade, razoabilidade e os meios pelos quais foram alcançados. Seria uma investigação distinta da mera ponderação de efeitos e não necessariamente incluiria tal análise. Nesse sentido, vide, por exemplo, AREEDA, 1981, p. 2.. Na jurisprudência do Cade, tradicionalmente, a regra da razão é identificada com uma análise de efeitos. Em alguns votos recentes, a conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira tem apontado a divergência na doutrina norte-americana e adotado a postura de que efetivamente a regra da razão não se confunde com a análise de efeitos. A posição da conselheira Paula Farani é minoritária e, em diversos outros votos, ela mesma reconhece que há identidade na análise dos efeitos com a regra da razão. Nesse sentido, vide Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60, Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda., Representada: PST Eletrônica S.A., julgado em 18 de agosto de 2020 e Consulta nº 08700.001540/2018-62, Interessado: Sintracon, julgado em 28 de março de 2018. Tendo em vista que o posicionamento da jurisprudência majoritária do Cade é identificar a regra da razão com a análise dos efeitos, para fins deste trabalho adotaremos também esta abordagem.

⁵² Tradução livre. Vide original em State Oil Co. Khan, 522 US 3 (1997). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/>>. Acesso em: 05/07/2021.

III.2. O TFUE E O ILÍCITO POR OBJETO E O ILÍCITO POR EFEITOS

O Tratado de Funcionamento da União Europeia⁵³ (TFUE) traz claramente em seu art. 101º que serão considerados ilícitos e proibidos:

(...) todos os acordos entre as empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (...)

Do trecho acima, relativo às condutas concertadas, é claramente perceptível a existência de dois tipos de ilícitos, aqueles que tenham por objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno e as condutas que tenham o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Surgiu então, daí, portanto, os conceitos de ilícito por objeto e ilícito por efeitos, respectivamente.

É importante notar que o art. 101º (3) traz uma exceção à caracterização da ilicitude da conduta descrita em seu *caput*, isto é, ainda que a conduta tenha por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, ela não será considerada ilícita se:

Contribu[írem] para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Tais condições são cumulativas. De uma análise mais atenta, é possível afirmar que muito dificilmente uma conduta que tenha por objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno conseguirá preencher todas as condicionantes para que não seja considerada ilícita.

Diante dessa premissa, com base em sólida experiência judicante e, ainda, em virtude de uma economia processual e interesse social, nas condutas ilícitas por seu objeto inverte-se o ônus da prova. Isso significa que todas as condutas analisadas pelo objeto são consideradas ilícitas *a priori*, cabendo ao administrado comprovar seus efeitos líquidos positivos à concorrência e/ou apresentar uma justificativa legalmente razoável para a adoção da conduta.

A ilicitude por objeto não se confunde com a análise *per se*. Como visto, a metodologia norte-americana não comporta qualquer análise casuística concreta em relação aos efeitos, restando ao

⁵³ Para mais detalhes sobre o TFUE, ver Capítulo 4.

investigado apenas fundamentar sua defesa na contestação da autoria e da materialidade da conduta. No caso do ilícito por objeto, há uma análise por efeito no caso concreto, sendo que tal ônus é atribuído ao acusado.

Já no que tange às condutas apontadas como ilícitas por seus efeitos, não há qualquer presunção de ilicitude. Nesse caso, cabe à autoridade antitruste analisar todas as circunstâncias do caso e os efeitos da conduta, para concluir por sua legalidade ou ilegalidade. Nesse contexto, pode-se dizer que, tanto no caso da ilicitude por objeto, quanto ao ilícito por efeitos, eles serão analisados à luz da regra da razão norte-americana, o que os difere é a alocação do ônus da prova e a presunção relativa de ilicitude.

Em relação às condutas de abuso de posição dominante, constantes no art. 102º do TFUE, não há qualquer previsão legal sobre a tipologia das condutas, muito embora a jurisprudência demonstre que sua aplicação segue metodologia semelhante aos ilícitos por objeto e por efeitos, como nas condutas colusivas, conforme será demonstrado no Capítulo 4.

No que concerne à legislação brasileira, o texto legal em muito se aproxima ao europeu, apesar de alguns julgados do Cade inovar e criar mais um tipo legal, o ilícito *per se*.

III.3. O DIREITO BRASILEIRO E O CADE

Conforme pontuado no Capítulo 1, o art. 36 da LDC dispõe que constituem infrações da ordem econômica “os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...)”.

É claramente perceptível que a LDC se inspirou no TFUE. Assim, segundo a LDC, no Brasil somente haveria dois tipos de infrações da ordem econômica, aquelas que tenham como objeto específico “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”, ou mesmo que não tenham tais objetivos, mas que ainda assim possam produzi-los como efeitos.

Considerando tal inspiração europeia, era de se esperar que, como decorrência lógica, os ilícitos por objeto e por efeitos fossem interpretados similarmente à exegese europeia, como pontuou o ex-conselheiro Marcos Paulo Veríssimo:

Ademais, o próprio Guia para aplicação do artigo 8 1(3) esclarece que o exemplo clássico de acordos ilícitos pelo próprio objeto consiste naqueles ajustes destinados de modo principal a orientar preços, dividir mercados e limitar a produção. O caráter presumido da infração, nesses casos, já foi estabelecido pela Corte Europeia em diversas ocasiões, como em

European Night Services v Commission [Cases T-374/94 etc /79981 ER 11-31411 ou Constenand Grundig v Commission [Cases 56 and 58/64 [1966] ECR 299]. A presunção de ilegalidade pelo objeto, contudo, não significa que outras circunstâncias econômicas ou jurídicas não possam eventualmente ser levadas em consideração, mas apenas que elas devem acomodar-se à presunção de ilegalidade que ocorre *ex vi legis* (ver, nesse sentido, a decisão dada pela Corte em Glaxo Smith Mine Services v Commission [Case C-501/06 P (6 October 2009)]). 36. Quero frisar, mais uma vez, que o mesmíssimo sistema de interpretação não apenas pode, mas verdadeiramente deve ser utilizado na exegese da lei brasileira. E isso ocorre não apenas porque o sistema europeu serviu-lhe de inspiração ou porque a redação do texto normativo brasileiro é quase idêntica à do europeu. Ocorre, principalmente, porque seria absurdo exigir da autoridade investigante prova específica da potencialidade de efeitos anticompetitivos decorrente de condutas que aparentemente não tem nenhum outro propósito senão restringir a concorrência.⁵⁴

No mesmo sentido, o ex-conselheiro também já se manifestou:

Dado que a conduta de fato existiu, resta, portanto, avaliar se essa presunção de ilegalidade foi afastada pelos elementos trazidos pelos Representados aos autos. Entendo que, dado a ilicitude pelo objeto da prática, a mesma apenas pode ser afastada (i) caso os Representados consigam demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços, não se configurando em concreto, por isso, como uma conduta ilícita pelo próprio objeto, caso em que sua ilegalidade dependerá da análise de efeitos, ou (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e 88, § 6o, da Lei n. 12.529/2011, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.^{55,56}

O legislador brasileiro claramente fez a opção por não considerar qualquer conduta como ilícita de antemão, como presunção absoluta. Desta forma, não haveria espaço para que se aplicasse a LDC na ótica da regra *per se*. Neste sentido afirma Leonor Cordovil:

Após anos de aplicação da Lei nº 8.884/1994, sedimentou-se que o direito concorrencial brasileiro observa a regra da razão (rule of reason) que se opõe a regra *per se*. Segundo a regra da razão, as infrações (sejas elencadas no § 3º do art. 36, seja outras não elencadas no rol exemplificativo) não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capazes de provocar os efeitos deletérios à concorrência.⁵⁷

Apesar disso, existem alguns entendimentos do Cade em que há uma terceira categoria de ilícito, o ilícito *per se*, na qual identifica o ilícito por objeto com a regra *per se*. Assim, basta que a conduta ocorra para ficar caracterizado o ilícito, podendo o investigado se livrar da acusação apenas

⁵⁴ Vide Voto no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-19.

⁵⁵ Voto do conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo 08012.007301/2000-38 (Caso Sindpetro/PI), julgado em 06 de março de 2013.

⁵⁶ Outros conselheiros igualmente manifestaram esse entendimento, como, por exemplo, o ex-conselheiro Alessandro Octaviani no Processo Administrativo 08012.009670/2010-44, julgado em 10 de junho de 2014 e o ex-conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26, julgado em 11 de abril de 2017.

⁵⁷ CORDOVIL, 2011, p. 108 (In: CORDOVIL et al., 2011).

se comprovar a ausência de materialidade e de autoria. Esse entendimento vem sendo aplicado principalmente aos casos de cartel e de tabelamento de preços.⁵⁸

De forma resumida, pode-se dizer que atualmente o Cade entende haver os seguintes ilícitos, com as respectivas formas de análise:

Natureza da infração	Entendimento <i>a priori</i> da legalidade da conduta	Forma de análise?
Ilícito <i>per se</i>	Ilícito em qualquer caso	Apenas admite contestação da autoria e materialidade, o Cade não analisará outras circunstâncias do caso concreto
Ilícito por objeto ⁵⁹	Ilícito	Inverte o ônus da prova, uma vez demonstrada a autoria e a materialidade pelo Cade, cabe ao investigado provar que sua conduta gera efeitos líquidos positivos e/ou apresentar justificativa legal razoável ⁶⁰
Ilícito por efeitos	Lícito	Cabe ao Cade demonstrar, além da autoria e da materialidade, que a conduta gera efeitos líquidos negativos para que a configure como ilícita

Quadro 1: Tipos de ilícito e formas de análise adotadas pelo Cade.

Fonte: elaboração própria.

Uma vez esclarecidos os conceitos acima, é apresentado o tema dos descontos.

⁵⁸ Vide, por exemplo, recentes votos dos conselheiros João Paulo de Resende, Luís Braidó e Sérgio Ravagnani. “(...) A partir desses elementos, e de outros já amplamente conhecidos no Tribunal em função dos diversos processos envolvendo a UNIDAS, não restam dúvidas, a meu ver, que a entidade de fato negociava preços em nome de suas filiadas. A questão relevante no presente caso, portanto, passa a ser decidir se tal conduta constitui uma infração por objeto, ou seja, aquela em que não caberiam ponderações quanto a uma potencial justificativa que abone seu caráter ilegítimo, ou se, ao contrário, é o caso de se presumir a sua ilegalidade mas analisar se a conduta, em primeiro lugar, tinha efetivamente o potencial para produzir efeitos negativos no mercado e, em assim sendo, se não haveria justificativas econômicas que suplantassem tais efeitos”. Voto do conselheiro Luís Braidó no Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59, julgado em 15 de abril de 2020: “(...) Gravidade da infração: A conduta de acordo de preços e quantidades e divisão de mercado entre os concorrentes é, de acordo com a jurisprudência do CADE, ilícito *per se*, e, portanto, grave”. Voto do conselheiro Sérgio Ravagnani no Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73, julgado em 29 de setembro de 2019: “A questão relevante no presente caso, portanto, passa a ser decidir se tal conduta constitui uma infração por objeto, ou seja, aquela em que não caberiam ponderações quanto a uma potencial justificativa que abone seu caráter ilegítimo, ou se, ao contrário, é o caso de se presumir a sua ilegalidade mas analisar se a conduta, em primeiro lugar, tinha efetivamente o potencial para produzir efeitos negativos no mercado e, em assim sendo, se não haveria justificativas econômicas que suplantassem tais efeitos”.

⁵⁹ Aqui nos referimos ao ilícito por objeto em sentido estrito, daquele inspirado na LDC e não ao ilícito por objeto identificado ao “ilícito *per se*”.

⁶⁰ Essa justificativa se refere, por exemplo, à adoção de determinada conduta em virtude do cumprimento de um ato/ordem de uma autoridade pública, situação na qual o agente deve demonstrar que aquela seria a opção menos gravosa para a sociedade.

IV. CAPÍTULO 3 – DESCONTOS CONDICIONADOS E SEUS EFEITOS PRÓ E ANTICOMPETITIVOS

IV.1. O QUE SÃO DESCONTOS CONDICIONADOS

Descontos são práticas comerciais unilaterais⁶¹ capazes de reduzir o preço anteriormente ofertado para a venda de produtos e/ou serviços com intuito primário de incentivar o adquirente a concretizar determinada compra. Eles geralmente são objeto de negociação entre vendedor e comprador.⁶² As práticas de desconto podem também buscar concretizar diversos outros interesses do vendedor, como, por exemplo, fidelizar clientes, promover marcas e produtos diversos, “queimar” estoques etc.

Tais práticas comerciais são adotadas através de diversas estratégias, ora segmentadas em dois grandes grupos: (i) descontos incondicionados e (ii) descontos condicionados.

Os descontos incondicionados são aqueles oferecidos ao consumidor independentemente do comportamento adotado pelos adquirentes a cada compra. Isto é, não é exigido nada do cliente, além do pagamento pelo produto ou serviço adquirido, para que o desconto lhe seja concedido.

Ao contrário, a concessão de descontos condicionados normalmente exige a adoção de certo comportamento por parte do adquirente. A interpretação literal da expressão “desconto condicionado”⁶³ sugere tratar-se de um desconto subordinado a outro determinado acontecimento. Isto é, o desconto somente existirá se determinado evento ocorrer.

Não há uma definição do Cade para o termo. A União Europeia entende os descontos condicionados como um prêmio, concedido aos clientes para recompensá-los por um comportamento de compra específico, em um período determinado.⁶⁴

Já Geradin e Pereira Neto definem descontos condicionados não como uma recompensa, mas sim como uma forma de incentivo concedida pelos fornecedores aos clientes, desde que suas compras ou vendas atinjam ou excedam certos patamares formulados em termos de metas de volume, percentagem e aumento de compra.⁶⁵

⁶¹ Em situações menos comuns, os descontos também podem ser práticas coordenadas entre vendedor e adquirente.

⁶² Nas palavras de Hovenkamp (2005, p. 4): “Os descontos são a maneira antiga que os comerciantes induzem os clientes a comprar deles e não de outra pessoa ou a comprar mais do que eles comprariam. A grande maioria deles reflete uma negociação muito difícil. Muitos são explicados por economias de escala ou escopo na fabricação ou transação” (tradução livre).

⁶³ Recorrer ao dicionário para entender o conceito de desconto condicionado não é um mero floreio. Segundo o Dicionário Aurélio, o verbo “condicionar” tem o significado de “colocar algo como fator determinante para que outra coisa aconteça”. No mesmo contexto, segue o significado do adjetivo “condicionado”: que está subordinado.

a. Vide Dicionário Aurélio. Disponível em: < <http://dicio.com.br/condicionar/>>. Acesso em: 01/09/2020.

⁶⁴ Vide item 37 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no *Jornal Oficial da União Europeia*, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

⁶⁵ Cf. GERADIN; PEREIRA NETO, 2013, pp. 34-35.

Muito embora o presente trabalho se identifique quase integralmente com a definição acima, propõe-se que descontos condicionados sejam entendidos como formas de incentivos concedidos pelos vendedores a clientes para e desde que suas compras ou vendas atinjam ou excedam certos patamares formulados em termos de metas de volume, percentagem de participação e aumento de compra.

Ou seja, não basta que o adquirente concretize a compra em si, ela deve ser qualificada, o que demanda o preenchimento de outras variáveis, como, por exemplo, a aquisição de um volume mínimo, ou a compra conjunta de outro item do mesmo fornecedor.

Apesar de os descontos incondicionados também poderem representar ilícitos concorrenciais, como no caso de práticas predatórias⁶⁶, por exemplo, o foco deste trabalho se limita à análise dos descontos condicionados.

IV.2. EFEITOS PRÓ E ANTICOMPETITIVOS DOS DESCONTOS CONDICIONADOS

Via de regra, a concessão de descontos é uma prática presumivelmente pró-competitiva, como ensina Hovenkamp:⁶⁷ “Primeiro, nenhuma prática de desconto pode ser considerada ilegal *per se*. Desconto é uma prática vertical que é presumivelmente pró-competitiva”.

No mesmo sentido, concorda Geradin, para quem os efeitos anticompetitivos dos descontos devem ser tratados como exceção e não regra:⁶⁸

Embora descontos possam ser concedidos para fins exclusionários, esta é a exceção e não a regra. Isso é evidenciado pelo fato de que tanto as empresas dominantes como as não dominantes (esta última sem poder de excluir agente do mercado) recorrem a vários tipos de descontos para aumentar suas vendas (...).⁶⁹

Caso a presunção não fosse essa, de que usualmente os descontos são pró-competitivos, e os descontos tivessem que sempre ser justificados para serem aplicados, haveria um desincentivo à sua prática, como pondera a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

⁶⁶ Seria o caso, por exemplo, de determinado fornecedor oferecer descontos substanciais ao ponto de seus preços finais médios, considerando os descontos, serem até mesmo abaixo dos seus custos médios, sem exigir do comprador qualquer tipo de ação além do pagamento.

⁶⁷ Tradução livre. Cf. original em: HOVENKAMP, 2005, p. 5.

⁶⁸ No mesmo sentido, desde o final dos anos 2000, a Suprema Corte dos EUA já entendia que: “Preços baixos beneficiam consumidores independentemente da forma como esses preços são estabelecidos e, desde que acima de níveis predatórios, não ameaçam a concorrência” (tradução livre). Vide trecho original em *Atlantic Richfield v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328, 1990. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/328/>>. Acesso em: 24/07/2020.

⁶⁹ Tradução livre. Cf. original em: GERADIN, 2008, p. 7.

Tem sido defendida a presunção de que descontos devem ser condenados a menos que empresas dominantes possam, de forma conclusiva, mostrarem ganhos de eficiência pode ser muito ampla, abarcando práticas positivas e gerando um processo administrativamente caro. Como resultado, essa abordagem pode causar o risco de desincentivar a concorrência efetiva ao desencorajar as empresas de adotarem uma série de práticas [de desconto] de preço pró-competitiva.⁷⁰

O efeito mais evidente da concessão de descontos é, naturalmente, o corte de custos para os adquirentes, o que, possivelmente estimulará outros fornecedores a também reduzirem os preços praticados no mercado.

Além disso, os descontos condicionados também podem aumentar o volume de venda de determinado bem ou serviço, dissolvendo o custo fixo dos fornecedores. Isso aumentará a margem de lucratividade e, conseqüentemente, o potencial para se gerar mais descontos, diminuindo o custo daquele produto e/ou serviço na cadeia produtiva.

Há também a possibilidade de economias com menores custos de transação. Caso um adquirente passe a comprar de determinado fornecedor mais de um produto e/ou serviço, o fornecedor economizará com custos de cadastro de cliente, análise de crédito, curva de aprendizado de procedimentos internos do cliente etc. Isso também vale para o cliente, que deixará de empregar novos esforços com cadastro de fornecedor, análises de qualidade e idoneidade dos produtos e/ou serviços a serem comprados, curvas de aprendizado diversas etc.

A existência dos descontos condicionados pode também mitigar a dupla marginalização. Tal situação ocorreria, por exemplo, quando o cliente de empresa dominante também fosse titular de posição dominante, e incluiria margem de monopólio do fornecedor em seu preço, havendo uma dupla margem de monopólio ao consumidor final. Caso houvesse a aplicação dos descontos pelo fornecedor, por exemplo, o custo do varejista seria menor, de forma que para manter a sua margem de lucro o preço cobrado ao consumidor final seria menor do que aquele aplicado na ausência do desconto pelo fornecedor.

Como visto acima, a prática de descontos condicionados traz consigo diversos efeitos pró-competitivos e deve ser encorajada pelo direito antitruste, beneficiando a concorrência e o próprio consumidor.⁷¹

⁷⁰ Tradução livre. Cf. original em: *Policy Roundtables. Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*. 2008. OECD. Box 4. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>>. Acesso em: 03/08/2021.

⁷¹ “(...) Afinal, preços mais baixos ajudam os consumidores. O mercado competitivo que as leis antitruste incentivam e protegem é caracterizado por empresas dispostas e capazes de cortar preços para tirar clientes de seus rivais. E, em uma economia com um número significativo de indústrias concentradas, o corte de preços limita a capacidade das grandes empresas de exercer seu ‘poder de mercado’ (...) Assim, um precedente legal ou um estado de direito que impeça uma empresa de dar descontos corre o risco de interferir em um dos objetivos mais básicos da Lei Sherman (...)” . Tradução livre. Cf. original em: *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, at 231.

Apesar disso, os descontos condicionados também podem gerar efeitos negativos à concorrência. O principal deles é o fechamento de mercado, com a criação de barreiras à entrada ou ao desenvolvimento de concorrentes no mercado. Tal situação poderá afetar o bem-estar do consumidor, seja com a elevação de preços, seja pela limitação de qualidade de produtos e/ou serviços ou até mesmo com a redução de escolha de fornecedores para os consumidores.

IV.3. CLASSIFICAÇÃO DOS DESCONTOS CONDICIONADOS

Os descontos condicionados são categorizados de maneiras distintas, a depender da classificação adotada.⁷² O presente estudo classificará os descontos condicionados de acordo com o tipo de comportamento que se quer incentivar e o objetivo que o fornecedor deseja cumprir através da oferta dos descontos.

Muito embora se proponha tal classificação, ela é meramente ilustrativa e para fins didáticos. Dessa forma, os descontos condicionados são classificados em:

a) Desconto por fidelidade

O desconto por fidelidade é oferecido pelo fornecedor com o objetivo de incentivar o comprador a adquirir dele a totalidade da demanda (exclusividade) ou grande parte dela. Por exemplo, um fornecedor de bebidas concede desconto a um supermercado ou a um bar se esses agentes privados comprarem 90% de sua demanda de cervejas daquele determinado fornecedor.

Os benefícios desse tipo de desconto podem ser inúmeros, como possibilitar ganhos de escala, diminuir custos fixos e de transação, aumentar a segurança de suprimento e escoamento de produção etc.

O efeito negativo está relacionado à possibilidade de tal desconto levar ao fechamento de

Disponível em: < <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/724/724.F2d.227.83-1292.html>>. Acesso em: 20/09/2020.

⁷² Ahlborn e Bailey (2006, p. 4), por exemplo, os classificam de acordo com: (i) tipo de metas que podem ser definidas: (a) metas de volume: descontos quantitativos, varia de acordo com o volume comprado; (b) metas de percentual de compra: descontos proporcionais à representatividade das compras daquele fornecedor específico considerando o total de compras de produtos adquiridos de todos os fornecedores do mercado; e (c) metas de aumento de compra: descontos progressivos à medida que o adquirente aumenta sua compra em determinado patamar em certo período; (ii) o escopo da aplicação: (a) desconto prospectivo: o desconto é concedido a partir de unidades adicionais a um determinado volume, e incide tão somente nessas unidades incrementais; e (b) desconto retroativo: uma vez atingido determinado volume de compra, o desconto retroage a todo o volume de compras já adquirido; (iii) os produtos ou grupo de produtos a que se aplicam: (a) desconto para produto unitário: é desconto aplicável a uma determinada característica de produto; e (b) desconto para várias categorias: é o desconto aplicável para múltiplos produtos ou descontos para pacotes. Classificação semelhante é adotada pela União Europeia, vide item 37 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no *Jornal Oficial da União Europeia*, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

mercado. Isso porque, quando um fornecedor fideliza o cliente, este, naturalmente, ao comprar de determinado fornecedor, deixa de comprar aquela parcela da demanda de outro. Essa parcela da demanda ficará inacessível aos demais fornecedores, e, a depender de quanto tais compradores representam do mercado, esse desconto fidelidade pode levar ao fechamento de mercado.

É intuitivo pensar que, se em determinada situação, a exclusividade não é problemática, muito menos será a exigência de *share* mínimo de participação, menor que os 100% exigidos pela exclusividade.

Nesse contexto, e se for considerada a premissa que o objetivo da oferta desse tipo de desconto ofertado pelo fornecedor tem fins *exclusionários*, questiona-se: qual seria então a razão de o fornecedor exigir uma participação mínima inferior a 100%?⁷³

Imagina-se que uma das possíveis respostas é que o fornecedor não queira levantar suspeitas sobre o real objetivo de sua política. Chen e Shaffer trazem outra hipótese para a resposta da questão, a de que tais descontos, em muitos dos casos, podem ser mais efetivos em termos de fechamento de mercado do que a própria exclusividade:

Em um regime de exclusividade, o comprador é proibido de negociar com alguém que não seja o incumbente, em particular, um potencial entrante. Ele deve ser compensado por sua perda em todas as unidades que adquire. No entanto, com o requisito mínimo de participação menor que 100%, o comprador deve ser compensado apenas pelas unidades que ele adquire do incumbente (para atender às exigências) – levando em consideração o efeito marginal que sua assinatura terá na probabilidade de entrada. O efeito agregado sobre a probabilidade de entrada depende das ações coletivas dos compradores, no entanto, isso significa que nenhum comprador vai ser plenamente compensado pelas perdas impostas pelos outros compradores. (...) Os contratos com o requisito mínimo de participação menor que 100% pode algumas vezes ser lucrativo para o incumbente.⁷⁴

b) Desconto por volume

Essa espécie de desconto é ofertada pelo fornecedor com o objetivo de incentivar o comprador a adquirir um volume mínimo de produtos e/ou serviços. Pode ser retroativo, quando aplicável para todo o volume adquirido e desde que atingida a meta mínima determinada, ou pode ser prospectivo, isto é, válido somente para as unidades adquiridas além da meta de volume mínimo definida.

É importante destacar que, em determinadas situações, o desconto por volume acaba se configurando, na realidade, como um desconto fidelidade, uma vez que a meta mínima de volume definida representa a totalidade ou grande parcela da demanda do comprador.

Também nessa espécie de desconto pode haver benefícios com ganhos de escala, dissolução de custo fixo e, especialmente, maior segurança com o escoamento de um mínimo da produção. Tal

⁷³ CHEN; SHAFFER, 2014, pp. 65-68.

⁷⁴ Idem.

atributo facilita decisões de realizar investimentos específicos, favorecendo inovações tecnológicas e o próprio consumidor final.

O lado negativo concentra-se na possibilidade de ser utilizado para criar barreiras à entrada e desenvolvimento de concorrentes no mercado. Nesse ponto, descontos retroativos tendem a ser mais propensos a gerarem efeitos negativos do que os descontos prospectivos. Isso porque os descontos retroativos tornam menos atrativa para o cliente a possibilidade de comprar pequenas quantidades de um fornecedor alternativo, caso essa decisão implique a perda dos descontos retroativos.

Dessa forma, para que um rival seja considerado um concorrente efetivo, o seu preço para uma unidade deve ser o preço com desconto do item adicional ofertado pelo concorrente somado ao desconto individual de todo o volume mínimo considerado para o desconto.

Suponha que determinado fornecedor tenha disponível as seguintes políticas de desconto:

- Cenário A (desconto retroativo): caso o cliente compre 10 unidades do produto, receberá um desconto de 10 centavos por produto, que incidirá **inclusive** sobre todas as 10 unidades iniciais.

Na hipótese de cada unidade custar 1 real, haveria para o desconto retroativo a seguinte situação:

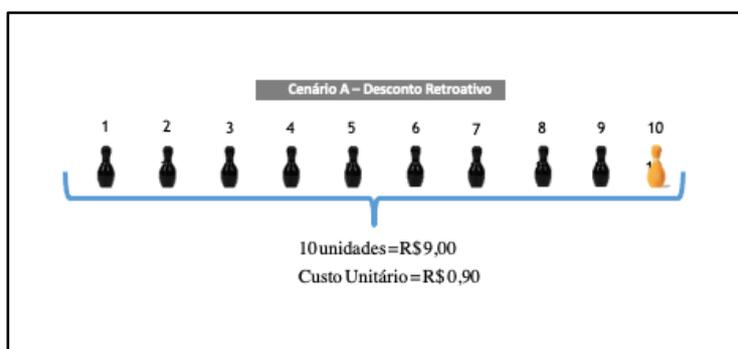


Figura 1: Cenário A – Desconto retroativo.

Fonte: elaboração própria.

- Cenário B (desconto progressivo): caso o cliente compre 10 unidades do produto, receberá um desconto de 10 centavos por produto, que incidirá **a partir da 10ª unidade**, inclusive.



Figura 2: Cenário B – Desconto progressivo.
Fonte: elaboração própria.

Caso um concorrente se apresente como uma alternativa de fornecedor e o cliente deseje passar a ele pequena parte de sua demanda, como por exemplo, uma unidade, no “Cenário A – Desconto Retroativo”, o fornecedor alternativo teria de cobrar 90 centavos pela unidade e ainda reembolsar o cliente pela perda do desconto nas demais nove unidades, que somaria mais 90 centavos. Ou seja, para que valesse a pena o cliente trocar o fornecedor em uma unidade, o fornecedor alternativo teria de ofertar a unidade a preço zero (90 do preço com desconto, descontados os 90 centavos que o cliente perdeu do desconto sobre as outras nove unidades).

Situação diferente ocorreria no “Cenário B – Desconto Progressivo”. Nesse caso, na hipótese de o cliente procurar fornecedor alternativo para apenas uma unidade, basta que o fornecedor alternativo lhe conceda o desconto de 10 centavos. É verdade que quanto maior for o volume adquirido no Cenário A mais ele se aproxima do Cenário B.

Dessa forma, quanto mais elevada for a meta mínima de volume e maior for o desconto ao atingi-la, maior será a probabilidade de tal política de descontos excluir um concorrente do mercado.⁷⁵

c) Descontos para pacotes ou multiprodutos

Esse tipo de desconto é oferecido pelo fornecedor com o objetivo de incentivar a compra de mais de um produto ou pacotes de produtos pelos adquirentes. Os produtos combinados são vendidos individualmente,⁷⁶ mas a soma total dos itens em separado é superior à compra de todos os itens combinados em um pacote. Claramente, nessa situação poderá haver ganhos de escopo e de escala, além da diminuição de custos de transação.

Novamente, o grande ponto negativo está relacionado à possibilidade de fechamento de mercado.

⁷⁵ Nesse sentido, vide item 40 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no *Jornal Oficial da União Europeia*, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

⁷⁶ Distinguindo-se da venda casada.

Normalmente, esse tipo de desconto combina produtos em que o fornecedor tem posição dominante em dado mercado com produtos em mercados em que o fornecedor ainda não detém posição de domínio. Essa estratégia pode ser utilizada tanto para proteger a posição no mercado subordinante (em que há posição dominante), quanto para alavancar o *market share* no mercado subordinado (em que não há posição dominante).

Seria o caso, por exemplo, de uma empresa que detém posição dominante no mercado de máquinas de solda, mas não no mercado de máscaras de solda. Em dada situação, ela poderia ofertar um pacote atrativo com a máquina de solda e a máscara. Nesse contexto, para que um fornecedor alternativo de máquina de solda fosse atrativo, seu preço deveria considerar o desconto do combo, tanto aquele que incide sobre a máquina de solda quanto aquele incidente sobre a máscara.

Dessa forma, tanto maior será o custo de troca, o desincentivo ao cliente a procurar fornecedor alternativo, quanto maior for o desconto no pacote. Caso não exista no mercado clientes suficientes que comprem o produto subordinado de forma independente, o desconto multiprodutos levará ao fechamento do mercado e aumentará os preços desse produto.⁷⁷ Também maior será a possibilidade de fechamento de mercado quanto mais produtos subordinantes (em que o fornecedor detém posição dominante) compuserem o pacote.

Nessa categoria de desconto, é comum o fornecedor do produto subordinante estabelecer alta dependência técnica do produto subordinado, reduzindo a possibilidade de compra de forma isolada do produto subordinado. Igualmente, nessa situação, a depender das variáveis do caso concreto, poderá haver o fechamento de mercado do produto subordinado, caracterizando tal prática como ilícita.

d) Descontos puramente *exclusionários*

Diferentemente dos descontos acima descritos, que podem trazer consigo efeitos *exclusionários* como consequência de sua aplicação, mas também podem proporcionar benefícios ao bem-estar do consumidor, esse tipo de desconto dificilmente traz benefícios para a coletividade. Ele normalmente é ofertado desde que haja a limitação da participação do concorrente no fornecimento da demanda do cliente.

Seria o caso do estabelecimento de metas pelo Fornecedor X como, por exemplo:

- Meta 1: será concedido 10% de desconto caso 70% da demanda do produto A seja adquirida do Fornecedor X e menos de 20% seja adquirida do Fornecedor Y;
- Meta 2: será concedido 20% de desconto caso 70% da demanda do produto A seja

⁷⁷ Nesse sentido, vide item 55 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no *Jornal Oficial da União Europeia*, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

- adquirida do Fornecedor X e menos de 10% seja adquirido do Fornecedor Y; e
- Meta 3: será concedido 30% de desconto caso 70% da demanda do produto A seja adquirida do Fornecedor X e nada seja adquirido do Fornecedor Y.

Muito embora seja estabelecida uma meta mínima de volume de compra do fornecedor em posição dominante, o foco não está em garantir determinado volume mínimo, mas em limitar o fornecimento do produto por concorrentes. Esse tipo de desconto tende a ser mais nocivo à concorrência do que outros,⁷⁸ pois o objetivo de prejudicar a concorrência é intrínseco.

Uma vez apresentado o conceito dos descontos condicionados, assim como sua classificação e potenciais efeitos pró e anticompetitivos, será detalhada, na sequência, a metodologia de análise de descontos condicionados empregada pela União Europeia.

⁷⁸ Muito embora, a depender das circunstâncias concretas, ele gere o mesmo efeito que desconto por exclusividade e compra de volume mínimo.

V. CAPÍTULO 4 – A METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DESCONTOS CONDICIONADOS ADOTADA PELA UNIÃO EUROPEIA

Os países da União Europeia estão entre os precursores⁷⁹ no mundo ocidental a desenvolver e aplicar o direito antitruste de forma sistemática. Entender o contexto do surgimento do direito da concorrência na União Europeia, bem como explicar como ele funciona, ainda que em linhas gerais, é fundamental para que possa analisar em perspectiva contextual e temporal a evolução jurisprudencial da análise de condutas unilaterais.

A União Europeia se originou da organização primitiva de alguns países em bloco econômico⁸⁰ e Comunidades Econômicas, notadamente a Comunidade Europeia do Carvão e Aço (CECA) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE).

A CECA foi criada em 1951,⁸¹ com o objetivo de organizar a livre circulação do carvão e do aço e o livre acesso às fontes de produção. Era o passo embrionário para a criação de um mercado interno comum entre seus Estados-Membros.⁸²

Posteriormente, em 1957 foi criada a CEE,⁸³ com o objetivo de proporcionar a expansão econômica, o desenvolvimento de empregos e elevar a qualidade de vida nos Estados-Membros. Criou-se uma pauta aduaneira externa comum, uma política comum de agricultura e transportes, o Banco Europeu de Investimentos entre outros.

O desenvolvimento e a consolidação do mercado comum interno eram de fundamental importância para o cumprimento dos objetivos propostos pela CEE. Para isso, era essencial evitar a criação de barreiras ao comércio ou atos que restringissem ou alterassem artificialmente a dinâmica da economia dos e entre os Estados-Membros.⁸⁴

O direito concorrencial foi estabelecido de uma forma mais estruturada e com um importante

⁷⁹ O autor reconhece que muito antes de os países europeus desenvolverem o direito antitruste, já no final do século XIX, nos EUA entrou em vigência a Scherman Act, considerada por muitos estudiosos do tema o grande marco e ponto de partida do direito antitruste ocidental.

⁸⁰ Ainda durante a Segunda Guerra Mundial, foi criado o bloco conhecido como Benelux, formado por Bélgica, Holanda e Luxemburgo, tratado como inspiração para a criação da CECA e, conseqüentemente, da União Europeia.

⁸¹ Cf. <https://europa.eu/ecsc/index_pt.htm>. Acesso em: 04/05/2021.

⁸² Na fundação da CECA, os seguintes países a compunham: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos.

⁸³ Cf. <https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt>. Acesso em: 04/05/2021.

⁸⁴ Vide art. 2º do Tratado da Comunidade Econômica Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>>. Acesso em: 04/04/2021.

papel institucional.⁸⁵ Era exclusivamente centralizado,⁸⁶ aplicado em grande medida⁸⁷ pela Comissão Europeia (Comissão), na esfera administrativa, e pelo Tribunal de Justiça, no âmbito judicial.

A Comissão Europeia era (e se mantém atualmente) como o órgão administrativo máximo em matéria concorrencial.⁸⁸ Entre suas atribuições, destaca-se a possibilidade de verificar e, caso necessário, impedir acordos anticoncorrenciais, abuso de posição dominante, fusões e aquisições e fornecimento de subsídios por Estados-Membros. A Comissão tem poderes instrutórios e decisórios, apesar de todas as suas decisões serem passíveis de revisão pelo Tribunal de Justiça.⁸⁹

Já no âmbito judicial, o Tribunal de Justiça era (e se mantém atualmente) como a instância máxima e principal órgão judicial europeu, sendo responsável pela aplicação e interpretação uniforme da legislação em matéria concorrencial.

Em primeira instância, os processos relativos à matéria eram (e se mantém atualmente) de competência do Tribunal Geral, enquanto os recursos são de responsabilidade do Tribunal de Justiça.

Como dito, a estruturação do sistema antitruste da União Europeia ocorreu inserida no contexto de eliminar todos os tipos de potenciais riscos ao desenvolvimento e à consolidação do mercado comum europeu, garantindo sua integração.

Tais circunstâncias favoreceram, nesse primeiro momento, o desenvolvimento de uma forte abordagem *per se* na análise de condutas, em que se avaliava com mais ênfase o aspecto formal da conduta investigada do que seus efeitos sobre a concorrência efetivamente.⁹⁰

A estrutura do Direito Concorrencial europeu passou por uma grande transformação sistêmica em 2003, com a edição do Regulamento do Conselho nº 1/2003⁹¹ (Regulamento de 2003). Foram implementadas novas normas sobre a aplicação das regras de concorrência, estabelecidas nos artigos 101, 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

⁸⁵ A proteção à livre iniciativa e livre concorrência já era um dos pilares da fundação da CEE. Os Estados-Membros intencionavam abrir suas fronteiras, permitindo a livre circulação de bens e pessoas, protegendo as relações econômicas entre comerciantes e consumidores dos vários Estados-Membros. Nesse sentido, vide, por exemplo, artigos 3º, 5º, 60, 64, 65 e 66 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>>. Acesso em: 04/05/2021.

⁸⁶ Vide Regulamento nº 17, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado.

⁸⁷ Excepcionalmente, havia a possibilidade de as autoridades dos Estados-Membros aplicarem o art. 85, 1, 86 e 88 do Tratado.

⁸⁸ No que tange ao aspecto legislativo, atualmente, o Conselho Europeu, juntamente com o Parlamento Europeu, é o órgão que aprova a legislação europeia sobre concorrência. Para os assuntos de concorrência, os ministros competentes de cada país membro reúnem-se no chamado Conselho de Concorrência.

⁸⁹ Quando a decisão contestada envolve matéria extremamente técnica e de cunho econômico, as Cortes Europeias normalmente limitam sua revisão à análise de questões procedimentais e fáticas do caso. Vide, por exemplo, os casos 42/84 (Remia BV and others v. Comissão), C-7/95-P (John Deere v. Comissão) e C-272/092 P (KME Germany AG v. Comissão).

⁹⁰ GERADIN, 2010, p. 2.

⁹¹ Council Regulation (EC) nº 1/2003. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003R0001-20090701&from=EN>>. Acesso em: 20/04/2021.

Além disso, o Regulamento de 2003 diminuiu a elevada centralização da competência de aplicação do Direito da Concorrência Europeu, estimulando sua aplicação por parte das autoridades e tribunais de seus Estados-Membros. Foi incentivado o desenvolvimento de autoridades nacionais de concorrência, articuladas sob a coordenação da Comissão.

Essa nova estruturação integrou novos operadores ao direito da concorrência, ampliando sua divulgação e aplicação a nível local. À medida em que o tema foi mais estudado e debatido, a jurisprudência europeia em material concorrencial foi detalhadamente estudada. A partir daí foram identificadas diversas lacunas, principalmente relacionadas à aplicação de uma interpretação jurídica-econômica dos efeitos gerados pelas condutas investigadas no funcionamento dos mercados em questão.

Diante desse contexto, inicialmente, foram então promovidas diversas reformas, com a publicação de regulamentos e guias explicativos do art. 101 do TFEU, que trata das condutas de cartel e restrições verticais em geral.⁹² Em um segundo momento, as atenções voltaram-se às alterações relativas ao art. 102, que disciplina as condutas de abuso de posição dominante.

V.1. ENQUADRAMENTO LEGAL DOS DESCONTOS CONDICIONADOS PELA UNIÃO EUROPEIA

A prática de descontos condicionados por empresas com posição dominante é enquadrada tanto pela Comissão quanto pelo Tribunal de Justiça como susceptível à análise de acordo com o disposto no art. 102 do TFUE:

Artigo 102º. (ex-artigo 82º TCE)

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

⁹² Por restrição vertical entende-se, de forma geral, qualquer limitação na relação econômica existente entre dois agentes que compõem elos diferentes da cadeia de produção/distribuição. Isto é, estamos falando de agentes que não atuam no mesmo mercado, normalmente se referem à restrição na relação entre fornecedores de insumos e a indústria, ou em relação à indústria e seus distribuidores.

Uma vez estabelecida essa premissa, é importante entender como a Comissão e o Tribunal de Justiça têm aplicado o art. 102 do TFUE, no âmbito dos descontos condicionados.

V.2. ORIENTAÇÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 102

a) Contexto

A interpretação e aplicação do art. 102 do TFUE são tradicionalmente calcadas em uma jurisprudência de análise formal das condutas investigadas, prescindido de qualquer análise de efeitos.⁹³

A adoção da análise baseada em efeitos encontra grandes dificuldades em relação ao art. 102 do TFUE. O fato de a própria jurisprudência majoritária da Comissão tradicionalmente adotar uma posição extremamente formalista, amplamente contrária a argumentos econômicos, torna mais árduo o ponto de partida dessa caminhada.

Acentua essa dificuldade o fato de que as decisões da Comissão são, historicamente, quase integralmente mantidas pelo Tribunal de Justiça,⁹⁴ já tendo chegado a ter um índice de confirmação de 98% dos recursos em primeira instância, nos casos relacionados ao art. 102.

Apesar disso, no contexto das transformações trazidas pelo Regulamento de 2003, em 2005, foi aberta consulta pública⁹⁵ para discutir a elaboração de um documento com as Orientações de Prioridades na Aplicação do Artigo 82⁹⁶ (atual 102 do TFUE).

Em grande medida, o texto da consulta pública trouxe princípios de uma análise centrada em elementos mais econômicos, baseada em efeitos, tendo sido bem recebido pela crítica especializada.

Após anos de análises, debates, comentários, simpósios e estudos, em dezembro de 2008, a Comissão publicou o documento intitulado “Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82º do Tratado da CE a comportamentos de exclusão abusivos por empresas em posição dominante” (Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE ou Orientações⁹⁷).

⁹³ Para mais detalhes sobre a metodologia de análise das condutas anticoncorrenciais, vide Capítulo 2.

⁹⁴ Cf. NEVEN, 2006, p. 17.

⁹⁵ Cf. <<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em: 03/04/2021.

⁹⁶ Uma vez que o conteúdo do art. 82 do TCE foi integralmente reproduzido no texto do atual art. 102 do TFUE, qualquer referência a um, é também referência ao outro. Para fins didáticos, preferimos nos referir ao atual art. 102 do TFUE.

⁹⁷ Para fins didáticos, será feita referência ao art. 102 do TFUE ao invés do art. 82 do TCE. Vide nota acima.

Segundo a própria Comissão, o documento não é um guia, tampouco uma tentativa de construção de doutrina, muito menos se trata de qualquer orientação quanto à interpretação do art. 102 do TFUE:⁹⁸

3. O presente documento não pretende constituir doutrina jurídica, devendo ser considerado sem prejuízo da interpretação do artigo 82.º por parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ou do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias. Além disso, o quadro geral apresentado neste documento aplica-se sem prejuízo da possibilidade de a Comissão rejeitar uma queixa quando considerar que determinado caso não é prioritário devido a, por exemplo, ausência de interesse para a Comunidade.

Trata-se, na verdade, de um documento peculiar, pois se limita a declarar as prioridades de ação que deveriam guiar a Comissão na aplicação do artigo 102 do TFUE.

A natureza jurídica abstrata imputada pela Comissão ao documento é inclusive objeto de debate e questionamento. Isso porque a jurisprudência⁹⁹ da União Europeia é clara no sentido de que instrumentos de *soft law* podem criar um dever legal para a Comissão de cumprir com seus pronunciamentos, sob pena de ter suas decisões anuladas por violação a princípios de direito vigentes no regime legal adotado.¹⁰⁰

Fato é que a publicação das Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE gerou a expectativa de que a aplicação do art. 102 do TFUE passasse a ser realizada através de uma metodologia que considerasse mais os argumentos econômicos e menos aqueles formais, consistindo principalmente em uma análise baseada em efeitos.

Tal expectativa é legítima, considerando, principalmente, as disposições constantes nas Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, até mesmo em relação aos descontos condicionados, como pontuado abaixo.

b) Principais pontos trazidos pelas Orientações sobre o art. 102 acerca dos descontos condicionados

Preliminarmente, é importante esclarecer alguns pressupostos constantes nas Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE.

⁹⁸ Cf. item 3 do documento. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF>>. Acesso em: 03/04/2021.

⁹⁹ Vide, por exemplo, Caso C-189/02 P, *Dansk Rørindustri and others v. Commission*, 2005 ECR I-5425, § 211.

¹⁰⁰ Cf. GERADIN, 2010, p. 12.

De início, a Comissão deixa claro que as disposições do documento serão aplicáveis aos agentes com posição dominante e na avaliação de condutas que tenham o potencial de ocasionar o fechamento de mercado.

Para fins daquele documento, fechamento de mercado é entendido como a criação de barreiras à entrada e ao desenvolvimento de concorrentes no mercado, de forma a proporcionar ao agente em posição dominante aumentar seus lucros em detrimento dos consumidores:

No presente documento a expressão “encerramento anticoncorrencial do mercado” é utilizada para designar as situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável o preço (1) cobrado aos consumidores.¹⁰¹

Esse tema leva à percepção de que serão feitas duas análises: (i) se a conduta pode acarretar o fechamento do mercado – entrada ou desenvolvimento no mercado; e (ii) constatado o potencial de fechamento do mercado, será avaliado o prejuízo ao bem-estar dos consumidores.

Além disso, o fechamento de mercado tem de envolver um agente qualificado, ele deve ser igualmente eficiente à empresa dominante, uma vez que o objetivo do direito da concorrência não seria o de proteger concorrentes menos eficientes.¹⁰²

No que tange aos descontos condicionados, eles são objeto de análise em boa parte da seção IV – Formas Específicas de Abuso. De acordo com o documento, a análise dos descontos condicionados deve primeiramente ser submetida a critérios gerais de avaliação da conduta e, posteriormente, a requisitos específicos a depender do tipo de prática em si analisada. Nessa primeira etapa, a Comissão verificará:

- A posição dominante do representado;
- As condições do mercado relevante;
- As características dos concorrentes da empresa dominante;
- As características dos clientes ou fornecedores de meios de produção;
- A amplitude do alegado comportamento abusivo;
- Eventuais provas de fechamento efetivo do mercado; e
- Provas diretas de qualquer estratégia de exclusão.¹⁰³

¹⁰¹ Vide item 19 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no *Jornal Oficial da União Europeia*, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

¹⁰² Para isso, levaria a cabo, o “teste do concorrente tão eficiente quanto” ou teste do “preço-custo”. Tal teste corresponde, sinteticamente, a analisar se um concorrente tão eficiente quanto o agente detentor da posição dominante poderia com ele competir de forma efetiva, isto é, sem que tenha que ofertar seus produtos a preços inferiores ao custo de produção.

¹⁰³ Muito embora a Comissão estabeleça tais critérios e as prioridades de avaliação, notamos que eles estão mais relacionados à estrutura do mercado e à própria conduta em si do que à verificação de eventuais efeitos líquido decorrentes da conduta para os consumidores.

Esses critérios serão considerados de acordo com os parâmetros descritos a seguir.

Em relação à posição dominante, quanto mais acentuada, maior é a probabilidade de a conduta levar ao fechamento de mercado.

Já no que tange às condições do mercado relevante, serão avaliadas as condições de entrada e expansão no mercado, como, por exemplo, a existência de economias de escala e efeitos de rede. Nesses casos, quanto maiores forem as economias de escala e os efeitos de rede, maior será a possibilidade de a política de descontos levar ao fechamento de mercado.

A avaliação da posição dos concorrentes no mercado não observará somente a participação de mercado, mas sim a capacidade efetiva de concorrer com o agente detentor da posição dominante.¹⁰⁴ Essa análise poderá considerar, inclusive, a existência de estratégias realistas e eficazes que permitam aos concorrentes se adaptarem rapidamente à demanda do mercado e exercerem efetiva concorrência.

Na investigação sobre as características dos clientes ou fornecedores serão considerados aspectos como a seletividade da conduta em questão. Isto é, será verificado se o agente em posição dominante poderá aplicar o comportamento apenas a clientes ou fornecedores selecionados que são de fundamental importância a seus concorrentes, aumentando a probabilidade de fechamento de mercado.

Nos casos dos clientes, por exemplo, as políticas de desconto podem ser aplicadas somente àqueles que tendem a reagir às ofertas de fornecedores alternativos ou àqueles que representariam uma forma de distribuição diferenciada, adequada para uma nova empresa ou aqueles localizados numa área geográfica que reagiria bem às novas entradas ou aqueles com maior tendência de influenciar os clientes.¹⁰⁵

No tocante à amplitude do comportamento investigado, quanto maior for a porcentagem das vendas totais no mercado relevante afetado pela conduta, quanto mais longa for sua duração e quanto maior for a regularidade/periodicidade de sua aplicação, maior será a possibilidade de fechamento do mercado.

Também serão consideradas nessa análise eventuais provas de fechamento efetivo do mercado. Caso o comportamento ocorra em período suficiente para que seja verificado o desempenho de mercado do agente detentor da posição dominante e de seus concorrentes, isso pode constituir uma prova direta de fechamento do mercado. Nessa situação, a conduta pode ter contribuído para que a

¹⁰⁴ Aliás, nas orientações para definir a posição dominante, a Comissão traz diversos critérios econômicos. Não há no documento uma presunção de posição dominante tendo por base a participação de mercado do agente, como ocorre no caso da legislação brasileira.

¹⁰⁵ Vide item 20 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no Jornal Oficial da União Europeia, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

participação de mercado da empresa em posição dominante aumente, ou que sua queda desacelere. No mesmo sentido, serão examinadas também as participações de mercado dos concorrentes, que podem ter diminuído em razão da conduta investigada, ou até mesmo podem ter crescido em um ritmo mais lento ou, em um caso extremo, o concorrente foi alijado do mercado.

Constituem provas diretas de qualquer plano de exclusão de concorrentes documentos internos, planos detalhados em que são descritas estratégias com o intuito de exclusão ou de impedir a entrada ou ainda o desenvolvimento de concorrentes no mercado. Esses elementos teriam prioridade na avaliação dos casos à guisa do art. 102 do TFUE, de acordo com as Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE.

Além dos elementos acima descritos, a Comissão apresenta esclarecimentos específicos relativos à análise dos descontos condicionados a depender do caso concreto.

Nesse sentido, em relação aos descontos retroativos, a Comissão traz sua preocupação de que eles têm maior possibilidade de acarretar o fechamento do mercado do que os descontos progressivos.¹⁰⁶ Além disso, quanto maior for o desconto em forma de porcentagem sobre o preço total e quanto maior for a meta definida para aplicação do desconto, maior será a probabilidade de a conduta levar ao fechamento de mercado.

Ainda nesse cenário, o documento é claro ao afirmar que, uma vez disponíveis dados suficientes, a Comissão realizará a estimativa do preço ao qual um concorrente eficiente teria que oferecer o produto de forma a compensar o desconto perdido pelo cliente caso deseje trocar de fornecedor. Esse preço considerará o preço da tabela do agente dominante menos o preço do desconto que será perdido pelo cliente que trocar de fornecedor, tendo como base de cálculo o volume de vendas no período analisado.

Assim, quanto maior for a diferença entre o preço efetivo que o concorrente deve ofertar e o preço médio do fornecedor dominante, sem os descontos, maior será o efeito de fidelização. No entanto, se esse preço for maior que o custo médio da empresa dominante, é possível haver a concorrência no mercado, sendo que, a princípio, o desconto não causaria o fechamento do mercado, para fins concorrenciais.¹⁰⁷

Há também uma consideração sobre a estruturação do sistema de desconto com base em uma meta de volume de compra personalizada ou padronizada. O sistema de desconto que se estrutura com uma meta personalizada, que considera a demanda particular de cada cliente, permite ao agente

¹⁰⁶ Vide definição no item IV.3.b.

¹⁰⁷ Conforme destacado abaixo, o Tribunal Geral reafirmou no caso Intel que o fato de o concorrente ter condições de ofertar produtos ao mesmo preço daquele oferecido pelos agentes em posição dominante, já incluídos os descontos, não significa, por si, que a política de descontos não esteja ocasionando o fechamento de mercado.

em posição dominante fixar um patamar que dificulta a mudança de fornecedor pelo cliente, criando assim um reforço máximo à fidelização.

Já uma política de desconto estruturada em uma meta padrão de volume de compra para todos os clientes pode ser elevada demais para alguns, reforçando a fidelização, mas para outros pode ser um padrão baixo, não sendo apta a levar à fidelização, sendo, via de regra, menos preocupante que aquela estabelecida com base na meta personalizada. Contudo, caso seja verificado que essa meta geral se aproxima para boa parte dos clientes da sua demanda total, essa meta, ainda que padrão, pode gerar as mesmas preocupações concorrenciais que a meta personalizada.

Por fim, há algumas observações relativas aos descontos multiprodutos.¹⁰⁸ Tal prática poderá ser considerada anticoncorrencial se o desconto for tamanho que impeça os concorrentes com o mesmo grau de eficiência e que oferecem apenas alguns dos produtos da cesta de concorrerem individualmente com aqueles produtos do grupo que se beneficia do desconto. Nesse contexto, quanto mais o grupo de produtos for composto por itens em que o agente tem posição dominante, maior será a preocupação concorrential.

A Comissão avaliará se o preço adicional pago pelos clientes por cada um dos produtos do grupo da empresa dominante permanece acima de seu custo após a inclusão desse produto no grupo. A Comissão não intervirá se o concorrente com o mesmo grau de eficiência puder, a princípio, concorrer de forma rentável com o grupo de produtos.¹⁰⁹

Uma vez concluído pela presença do potencial de fechamento de mercado decorrente da conduta, resta à Comissão analisar se a conduta gera efeitos líquidos negativos ao consumidor.

Nesse ponto, é importante destacar que as Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE não trazem quaisquer disposições claras nesse sentido. Não há, por exemplo, enunciação de critérios e se (muito menos *como*) essa avaliação será feita pela Comissão.

Há algum indício dessas preocupações na metodologia proposta para avaliar a legitimidade da justificativa para a adoção da conduta pelo agente em posição dominante uma vez concluído pela existência de potencial de fechamento de mercado derivado de sua conduta.

Nesse sentido, caso fique demonstrado que a conduta do detentor de posição dominante gera ganho de eficiência substancial que compense qualquer efeito negativo à concorrência, a conduta estará licitamente justificada. É uma válvula de escape para o agente de mercado que pode ter, nessa justificativa, uma oportunidade de não ter sua conduta punida. Para tanto, o agente detentor da posição

¹⁰⁸ Vide definição no item IV.3.c.

¹⁰⁹ Vide item 60 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no *Jornal Oficial da União Europeia*, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

dominante deve comprovar, com certo grau de probabilidade e com base em provas verificáveis, que são preenchidas cumulativamente, as seguintes condições:

- os ganhos de eficiência já se concretizaram ou é provável que se concretizem em consequência do comportamento adotado. Tais ganhos podem estar relacionados, por exemplo, à melhoria da qualidade dos produtos ou redução do custo de produção ou distribuição;
- o comportamento adotado é essencial para a concretização dos ganhos de eficiência: não existe alternativa menos prejudicial à concorrência do que o comportamento adotado e que permita produzir os mesmos ganhos de eficiência;
- os eventuais ganhos de eficiência gerados pelo comportamento são superiores a qualquer efeito negativo sobre o bem-estar dos consumidores e sobre os danos à concorrência nos mercados afetados; e
- o comportamento não elimina a concorrência efetiva através da eliminação de todos ou parte dos concorrentes atuais ou potenciais.¹¹⁰

A justificativa do agente em posição dominante também pode estar relacionada ao fato de que o comportamento levado a cabo era objetivamente necessário, e proporcional ao objetivo pretendido pela empresa. Essa análise é determinada por fatores externos. Por exemplo, pode ser considerado objetivamente necessário por razões de saúde ou de segurança relacionadas com a natureza do produto, a adoção de determinado comportamento exigido pelas autoridades públicas que vão definir as normas de saúde e segurança do produto. Essa determinação pode levar à exclusão de certo medicamento de seu portfólio. Não é tarefa do agente em posição dominante definir as normas e as medidas de segurança para excluir produtos que considera, com razão ou não, perigosos ou inferiores a seu próprio produto.

Resumidamente, as Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE trazem as seguintes prioridades de análise e metodologia da Comissão quando necessário avaliar os descontos condicionados sob a ótica do artigo 102 do TFUE:

Prioridades de Análise dos Descontos Condicionados pela Comissão, segundo as Orientações			
Tipo de política de desconto analisada	Elementos Considerados	Análise	Âmbito de aplicação
Todos	A extensão da posição dominante do agente	Quanto maior a extensão da posição dominante, maior é a preocupação concorrencial	Elementos a serem considerados em todas as Políticas de
	As condições do mercado relevante	Quanto maior a barreira de entrada e desenvolvimento no mercado, maior é a preocupação concorrencial	

¹¹⁰ Vide item 30 das Comunicações Oriundas das Instituições dos órgãos da União Europeia, no *Jornal Oficial da União Europeia*, publicado em 24/02/2009, C 45/13, edição em português.

	As características dos concorrentes da empresa dominante	Quanto maior for a capacidade de os concorrentes exercerem a concorrência efetiva, menor é a preocupação concorrencial	Desconto adotadas
	As características dos clientes ou fornecedores de meios de produção	Quanto mais estratégicos forem os clientes e os fornecedores para eventual entrada no mercado, maior é a preocupação concorrencial	
	A amplitude do comportamento abusivo investigado	Quanto maior for a porcentagem de <i>share</i> do mercado afetado, quanto mais longa for a duração do desconto e com maior periodicidade/regularidade, maior é a preocupação concorrencial	
	Provas de fechamento efetivo do mercado	Quanto maior e mais rápido o decréscimo ou estabilização de <i>share</i> dos concorrentes durante o período investigado e quanto menor e mais lento for seu crescimento, maior a preocupação concorrencial. Quanto maior e mais rápido o aumento ou menor e mais lento for o decréscimo de <i>share</i> do agente detentor da posição dominante durante o período investigado, maior a preocupação concorrencial	
	Provas diretas de qualquer estratégia de exclusão	Quanto mais provas houver do objetivo exclusionário da conduta, maior a preocupação concorrencial	
Descontos por volume	Volume de compra personalizado ou padronizado	Via de regra, a definição da meta de volume de forma personalizada tende a levantar maior preocupação concorrencial	Elementos adicionais a serem considerados em casos específicos a depender do tipo da Política de Desconto adotada
Descontos por volume retroativos	Amplitude da meta em relação ao volume total de compra e percentual do desconto	Quanto maior o volume da meta em relação ao percentual total de compras, e maior o percentual de desconto, maior a preocupação concorrencial	
Descontos por multiprodutos	Posição dominante nos itens constantes do pacote e custo marginal dos preços	Quanto maior for a proporção de produtos constantes no pacote em que houver posição dominante do agente, maior a preocupação concorrencial. Além disso, também será analisado o custo individual de cada produto considerado no pacote com desconto	

Quadro 2: Prioridades de Análise dos Descontos Condicionados pela Comissão, segundo as Orientações.

Fonte: elaboração própria, com base nas Orientações.

Uma vez concluída a análise da conduta pela possibilidade de fechamento de mercado, restará ao agente detentor da posição dominante apresentar uma justificativa objetiva e plausível para a adoção da conduta.

Tal justificativa deverá atender, sinteticamente, aos seguintes critérios:

Justificativas do agente detentor de posição dominante	
Tipo de Justificativa	Elementos Considerados
Comportamento era objetivamente necessário: a conduta foi adotada em face de uma exigência de terceiro e proporcional ao objetivo pretendido pela empresa	Será verificada a existência de fatores externos que obrigavam a adoção da conduta, assim como a proporcionalidade da medida ao fim proposto
A conduta gera eficiência para a concorrência que é superior a eventuais prejuízos dela decorrentes	Existência, ainda que potencial, dos ganhos de eficiência
	A indispensabilidade da conduta para gerar as eficiências almejadas
	Demonstração dos efeitos líquidos positivos sobre a concorrência e decorrentes da conduta
	Não eliminação da concorrência através da conduta

Quadro 3: Justificativas do agente detentor de posição dominante.

Fonte: elaboração própria.

Após a publicação das Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, criou-se uma grande expectativa acerca de qual seria a postura que a Comissão e o Tribunal Geral adotariam diante do próximo grande julgamento envolvendo descontos condicionados, o caso Intel.¹¹¹

V.3. CASO INTEL

a) O caso

O processo contra a Intel se originou de uma denúncia da Advanced Micro Devices (AMD), apresentada à Comissão em outubro de 2000 e complementada em novembro de 2003. Em seu pleito, a AMD buscava a condenação da Intel por abuso de posição dominante, à luz do art. 102 do TFUE, especialmente por conta das práticas de desconto da Intel.

Em maio de 2004, a Comissão iniciou as diligências sobre os fatos narrados na denúncia da AMD. Contando com a cooperação das autoridades antitruste dos Estados-Membros, foram realizadas diversas operações de busca e apreensão em quatro escritórios da Intel e em diversos outros de seus clientes.¹¹²

Em julho de 2007, a Comissão instou a Intel a se manifestar formalmente sobre a acusação da AMD de que a política de desconto por fidelidade da Intel junto aos fabricantes de computadores Dell, Hewlett Packard-Company (HP), Acer Inc. (Acer) NEC Corp. (NEC) e International Business Machines Corp. (IBM) se caracterizaria como abuso de posição dominante, nos termos do art. 102 do TFUE.

Segundo o narrado, a Intel estaria concedendo descontos aos fabricantes de computadores desde que esses comprassem exclusivamente (ou quase exclusivamente) da Intel as unidades centrais de processamento X86 (CPU)¹¹³ necessárias para suprir a totalidade de suas demandas.¹¹⁴

Diante das informações colhidas e da análise dos materiais apreendidos, em julho de 2008, a

¹¹¹ Muito embora o caso Intel tenha se iniciado antes da publicação das Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, a decisão da Comissão foi tomada após a publicação daquele documento.

¹¹² As operações se deram nas dependências da Intel no Reino Unido, na Alemanha, na Itália e na Espanha. Já os clientes da Intel sofreram busca e apreensão em seus escritórios da França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido.

¹¹³ Segundo a Comissão, as CPUs utilizadas nos computadores poderiam ser de duas categorias: (i) X86, desenvolvidas pela Intel e que permitiam o funcionamento dos sistemas operacionais Windows e Linux ou (ii) aqueles desenvolvidos e estruturados sob outras formas. Ainda sobre o mercado, a Comissão considerou que após os anos 2000 praticamente apenas a Intel e a AMD fabricavam CPUs X86. Vide Acórdão de 12.6.2014 – Processo T-286/09 [Excertos]. Intel/Comissão. p. 5.

¹¹⁴ Sobre essa acusação, a Intel respondeu formalmente à Comissão, bem como participou de uma audiência entre 11 e 12 de março de 2008.

Comissão aditou sua acusação contra a Intel, complementando-a. Foram acrescentados fatos e elementos de prova relativos ao comportamento dos descontos condicionados, que agora incidia igualmente também em relação a Lenovo Group Ltd. (Lenovo), outro fabricante de computadores.

Também houve uma nova acusação, a de que a Intel teria oferecido pagamento à rede varejista MSH pela exclusividade na venda de computadores da Intel.^{115,116}

Abaixo são apresentadas sinteticamente as razões da decisão da Comissão, o recurso apresentado pela Intel ao Tribunal Geral e ao Tribunal de Justiça, assim como a decisão deste último órgão.

b) Decisão da Comissão

Apesar de a instrução processual ter apresentado elementos que permitiam à Comissão fazer sua análise baseada nas Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, o que se observou na decisão da Comissão foi a continuidade à tradição formalista.

Essa análise teve como pressuposto o entendimento da Comissão de que os descontos fornecidos pela Intel se caracterizavam como descontos por fidelidade.¹¹⁷

Partindo dessa premissa, a Comissão adotou uma análise mais formalista (*form-based approach*¹¹⁸), prescindindo de qualquer análise *a priori* das circunstâncias do caso concreto, como a demonstração da capacidade de a conduta no caso em análise gerar fechamento de mercado e a presença de efeitos líquidos negativos para o consumidor.

A Comissão afirmou em sua decisão que a exclusividade decorrente da política de descontos da Intel tinha como pressuposto restringir as opções de escolha dos consumidores e o acesso ou desenvolvimento no mercado por potenciais concorrentes da empresa, sendo, portanto, *a priori*, concorrencialmente ilícitas. Esse entendimento emerge da natureza dos descontos em si, por

¹¹⁵ Concedido prazo para manifestação sobre as acusações complementares, a Intel preferiu não se manifestar e contestar a decisão da Comissão (de complementar a denúncia) no Tribunal Geral. As ações da Intel no Tribunal Geral foram julgadas improcedentes. Ainda assim, em fevereiro de 2009, a Comissão informou a Intel que, apesar de não estar obrigada a lhe facultar que apresentasse seus argumentos frente às acusações complementares, estaria disposta a ponderar os argumentos a serem apresentados pela Intel, ainda que tardiamente.

¹¹⁶ A Intel também foi acusada e condenada pela imposição de restrições verticais puras como o objetivo de excluir a AMD do mercado. Tais restrições seriam pagamentos realizados pela Intel a HP, Acer e Lenovo, para que essas retardassem ou evitassem lançar computadores com CPUs fabricados pela AMD. Para fins deste trabalho, a análise será limitada à prática dos descontos condicionados.

¹¹⁷ Como afirmado no item III.3, existem diversas classificações e terminologias possíveis para os descontos condicionados. O texto da decisão da Comissão traz a expressão “descontos por exclusividade”, que, de acordo com suas características pode ser identificado com a classificação de “descontos por fidelidade” proposta neste trabalho. Para fins de coerência deste estudo, demos preferência ao emprego da expressão “descontos por fidelidade” como sinônimo de “descontos por exclusividade”.

¹¹⁸ O uso dessa metodologia não significa total ausência da análise das circunstâncias e dos efeitos da conduta, mas que existiria uma inversão no ônus da prova, sendo responsabilidade da empresa em posição dominante apresentar justificativa para sua conduta.

fidelidade, sendo inerente a eles.

Além disso, segundo Ricardo Botelho,¹¹⁹ corroboraram para esse entendimento da Comissão os argumentos de que:

- o estado de concorrência no mercado que tem agente com forte posição dominante já apresenta distorção em sua dinâmica competitiva;
- o agente detentor de posição dominante tem responsabilidade especial de não permitir que sua conduta cause uma distorção adicional à concorrência do mercado;
- o desconto por fidelidade adotado por quem tem posição dominante por sua natureza pode causar distorção adicional da concorrência; e
- o desconto concedido por agente que, além de deter posição dominante, é também um parceiro inevitável, dificulta ainda mais que outro concorrente apresente uma proposta alternativa atrativa aos consumidores, reforçando o fechamento de mercado.

Uma vez que a Comissão entendeu não terem sido apresentadas justificativas objetivas para a conduta adotada pela Intel, e frente aos argumentos acima descritos, em maio de 2009, a Comissão impôs uma multa de 1 bilhão de euros a Intel, por considerar que a política de descontos da companhia caracterizava abuso de posição dominante à luz do art. 102 do TFUE.

c) Do julgamento pelo Tribunal Geral

Apesar de a Comissão ter fundamentado sua decisão seguindo a linha de uma análise mais formal, em seu recurso junto ao Tribunal Geral, a Intel estrutura e apresenta seus argumentos, no tocante à análise do mérito de sua política de descontos, de acordo com o proposto nas Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, conforme descrito abaixo.

(i) Da natureza dos descontos constantes em sua política

A Intel tentou descaracterizar seus descontos como sendo “por fidelidade”, para “indutores da fidelidade”.¹²⁰ Apesar da argumentação da Intel, o Tribunal Geral entendeu que os descontos concedidos a Dell, HP, NEC e Lenovo eram enquadráveis como descontos por fidelidade.

Segundo o Tribunal Geral, os descontos estavam condicionados à exclusividade de compra, pelo menos em um determinado segmento, para a totalidade da demanda de CPUs X86, em relação a Dell e a Lenovo, e a uma parcela significativa de 95% da demanda em relação a HP e 80% no caso

¹¹⁹ BOTELHO, 2016, pp. 32-44.

¹²⁰ Com esse argumento, a Intel buscava que sua política de descontos fosse alocada na Categoria 3 e não na Categoria 2 de descontos, que prevê uma metodologia de análise diferente, segundo consolidado na jurisprudência europeia, conforme será detalhado no item IV.3.e.

da NEC. Uma vez que tais descontos são enquadrados como descontos por fidelidade, o caráter anticompetitivo seria inerente à sua própria natureza:

Com efeito, a capacidade de vincular os clientes a empresa em posição dominante é inerente aos descontos de exclusividade. O fato de uma empresa em posição dominante, de conceder um desconto em contrapartida de um abastecimento exclusivo ou sobre uma parte importante das necessidades do cliente implica que a empresa em posição dominante concede um benefício financeiro destinado a impedir o abastecimento dentro dos clientes dos produtores concorrentes. Não é, portanto, necessário examinar as circunstâncias do caso concreto para determinar se esse desconto destina-se a impedir seus clientes abastecerem junto dos concorrentes.

Além disso, há que sublinhar que os descontos de exclusividade concedidos por uma empresa em posição dominante dispõem pela sua própria natureza de capacidade para afastar concorrentes. Com efeito, um benefício financeiro concedido para incitar um cliente abastecer-se na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades, junto da empresa em posição dominante, implicam um incitamento para esse cliente, não se abastecer realmente a parte do seu pedido que é afetado pela condição de exclusividade, junto dos concorrentes da empresa em posição dominante.¹²¹

- (ii) Necessidade de a Comissão analisar as circunstâncias do caso para verificar se ao menos existe potencial efeito de fechamento de mercado

Ao concluir que seus descontos não se enquadrariam em descontos por fidelidade¹²², a Intel entendeu que deveriam ser analisadas todas as circunstâncias do caso concreto para que fosse verificado, ao menos, se haveria potencial efeito de fechamento de mercado advindo de sua conduta. Sobre este ponto, o Tribunal Geral afirmou que a argumentação da Intel era lastreada por precedentes envolvendo descontos de indução de fidelidade, em situações diferentes daquelas enfrentadas pela Comissão quando da análise das políticas de desconto da Intel.

Dessa forma, sustentou o Tribunal Geral que a qualificação do desconto por fidelidade como abusivo não dependeria da análise das circunstâncias do caso a fim de verificar potencial efeito de exclusão. Nesse sentido, os descontos constituíram um abuso de posição dominante caso não existisse justificação objetiva para sua concessão:

Por último, aqui observar que continua a ser permitido a empresa dominante justificar a utilização de um sistema de descontos de exclusividade, em especial demonstrando que o seu comportamento é objetivamente necessário ou que o efeito de preclusão potencial que este comporta pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor (v., neste sentido, acórdãos Hoffman-La Roche, nº 71, supra, nº 90; do Tribunal de Justiça British Airways, nº 74, supra, nºs 85 e 86, e do Tribunal de Justiça de 27 de março de 2012, a Post Danmark, C-209/10, a seguir « acórdão Post Danmark », nºs 40 e 41, e jurisprudência referida). Ora, no caso em apreço a recorrente não apresenta nenhum argumento a este respeito.¹²³

¹²¹ Cf. Acórdão de 12.6.2014 – Processo T-286/09 [Excertos]. Intel/Comissão. p. 14, itens 86 e 87.

¹²² Vide nota de rodapé 92.

¹²³ Vide Acórdão de 12.6.2014 – Processo T-286/09 [Excertos]. Intel/Comissão. p. 16, item 94.

Diante dessa argumentação, o Tribunal Geral rejeitou as razões apresentadas pela Intel nesse tópico.

(iii) Obrigatoriedade de a Comissão demonstrar os efeitos concretos de exclusão

Tendo em vista que a conduta analisada se referia a uma política de descontos executada no passado, a Intel argumentou que a Comissão estava obrigada a demonstrar os efeitos de exclusão concretos decorrentes da conduta. Isto é, além de provar a existência dos efeitos de fechamento de mercado, a Comissão também deveria demonstrar que tais efeitos decorreram necessariamente da conduta da Intel. Para reforçar seus argumentos, a Intel apresentou dados que demonstrariam o sucesso comercial da AMD no período investigado.

Sobre esse argumento, o Tribunal Geral afirmou que, ainda que fosse obrigado a analisar as circunstâncias do caso concreto, a Comissão teria de demonstrar tão somente a capacidade de a conduta restringir a concorrência. No entanto, tendo em vista que o caso analisava descontos por fidelidade, nem isso era preciso.

Uma vez não sendo necessário demonstrar os efeitos concretos dos descontos, muito menos seria o de provar o nexo de causalidade entre os efeitos negativos para o consumidor e a conduta da Intel, razão pela qual os argumentos da Intel não deveriam prosperar.

(iv) Da falta de obrigação formal de exclusividade

A Intel argumentou que sua política de descontos não impunha qualquer obrigação formal de exclusividade ou quase exclusividade. Sob esse aspecto, o Tribunal Geral afirmou que o incentivo para os clientes não decorre da obrigação de exclusividade formalmente imposta, mas sim dos benefícios ou perdas financeiras evitadas ao se realizar a compra exclusiva (ou quase exclusiva). Dessa forma, bastava que o agente em posição dominante assinalasse de maneira factível que o benefício financeiro estaria condicionado à compra exclusiva (ou quase exclusiva), razão pela qual, os argumentos da Intel não deveriam prevalecer.

(v) Da amplitude e duração do desconto

A Intel sustentou que a Comissão não analisou a amplitude dos descontos concedidos por ela. Segundo a visão da Intel, a empresa não poderia ser condenada por conceder descontos mínimos, às vezes de 1 dólar, que facilmente poderiam ser superados pela AMD. A esse respeito, o Tribunal Geral afirmou que a ilicitude dos descontos estaria fundamentada na exclusividade e que tal fato independe do valor dos descontos concedidos.

Adicionalmente, a Intel argumentou que os contratos de fornecimento eram de curto prazo e alguns deles poderiam ser encerrados com notificação prévia de 30 dias. Dessa forma, os descontos concedidos não eram aptos a levar ao fechamento de mercado.

No que tange à curta duração dos contratos, o Tribunal Geral afirmou que o prazo não poderia ser considerado curto, como alegado pela Intel. Em relação a Lenovo, por exemplo, o contrato se estendeu em até um ano, e em relação a MSH em até cinco anos. Além disso, haveria que se considerar a conduta como um todo, o período em que a política de descontos esteve vigente, independentemente de estar formalizada em diversos contratos de curta duração.

Sobre a possibilidade de extinção de alguns dos contratos mediante aviso prévio de 30 dias, o Tribunal Geral ponderou que tal fato não impediria, de modo algum, a aplicação efetiva dos descontos enquanto o contrato ainda estava vigente, devendo, portanto, ser afastada qualquer argumentação da Intel nesse sentido.

(vi) Da pequena parcela do mercado relevante afetada pela conduta

A Intel alegou que sua política de descontos afetou uma pequena parcela do mercado relevante, entre 0,3% e 2% ao ano, não sendo apta, portanto, a levar ao fechamento de mercado.

Sobre esse ponto, o Tribunal Geral entendeu que os clientes e os concorrentes da Intel deveriam ter a possibilidade de aproveitar a concorrência em seu grau máximo em todo o mercado, e não apenas em parcela dele. Portanto, a justificativa apresentada pela Intel de que seus concorrentes seriam livres para abastecer outros clientes não deveria prosperar.

(vii) Do poder de compra dos clientes

A Intel argumentou que a concessão dos descontos foi uma resposta a uma solicitação de seus clientes, que detinham elevado poder de compra. Dessa forma, tentou afastar o objetivo *exclusionário* de sua estrutura de descontos. Sobre esse argumento, o Tribunal Geral afirmou que mesmo sendo tais descontos uma resposta a uma negociação com os clientes da Intel, tal fato não justificava a imposição de condição de exclusividade. Além disso, o fato de os clientes da Intel terem elevado poder de compra não afastava a condição da Intel de parceiro essencial no mercado de CPU X86, devendo, igualmente, serem rejeitados os argumentos da Intel nesse tema.

(viii) Da pertinência do “teste do concorrente tão eficiente quanto”

A Intel sustentou que o “teste do concorrente tão eficiente quanto”¹²⁴ era importante para verificar o potencial efeito de exclusão dos descontos sob investigação. Argumentou que o teste realizado pela Comissão foi o único elemento de prova apresentado de que os descontos poderiam levar ao fechamento de mercado. Apesar disso, o teste feito pela Comissão utilizou premissas erradas e deveria ser reavaliado.

Diante dessa argumentação, a Comissão sustentou junto ao Tribunal Geral que o teste não fez parte da análise jurídica de sua decisão, e, mesmo que fizesse, o resultado levava à conclusão de que os descontos concedidos pela Intel seriam capazes de ocasionar o fechamento de mercado.

A respeito da pertinência e da necessidade de realização do teste, o Tribunal Geral afirmou que a análise de descontos por fidelidade não carecia do exame das circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, a Comissão não era obrigada a demonstrar a capacidade de fechamento de mercado derivada da política de descontos da Intel.

O Tribunal Geral acrescentou ainda que, na hipótese de ser necessário demonstrar tais efeitos, o referido teste não seria essencial.

Em relação ao argumento de que o teste realizado corretamente pela Comissão demonstraria a incapacidade de exclusão de concorrentes pela política de descontos da Intel, o Tribunal Geral afirmou que o teste, mesmo que chegasse a conclusões da não capacidade de fechamento de mercado, demonstraria apenas que o acesso ao mercado não teria sido tornado impossível a um concorrente. Todavia, a exclusão de concorrentes não ocorreria tão somente quando o acesso ao mercado é tornado impossível aos concorrentes, bastava que ele fosse dificultado, e esse ponto não pode ser avaliado pelo teste.

Sobre este tópico, vale destacar a própria decisão do Tribunal Geral:

Ora, há que assinalar que um teste AEC apenas permite verificar a hipótese de um acesso ao mercado tornado impossível e não de afastar a possibilidade de um acesso dificultado ao referido mercado. Na verdade, um resultado negativo implica que é economicamente impossível a um concorrente igualmente eficaz garantir a parte contestável da procura de um cliente. Com efeito, para oferecer ao cliente uma compensação pela perda do desconto de exclusividade, o referido concorrente seria obrigado a vender os seus produtos a um preço que não lhe permite mesmo cobrir os seus custos. Todavia, um resultado positivo apenas significa que um concorrente igualmente eficaz está em condições de cobrir os seus custos (no caso do teste AEC tal como é efetuado na decisão impugnada e proposto pela recorrente, unicamente os custos evitáveis médios). Esta circunstância não significa, contudo, que não existe qualquer efeito de exclusão. Com efeito, o mecanismo dos descontos de exclusividade, tal como foi descrito no n. 93, supra, é suscetível de tornar mais difícil o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante, mesmo que esse acesso não seja economicamente impossível (v., sobre essa distinção, n. 54 das conclusões do

¹²⁴ A respeito desse teste, vide nota 100.

advogado-geral J. Mazák no processo que deu origem ao acórdão do Tribunal de Justiça Tomra, n. 97, supra).¹²⁵

Dessa forma, o Tribunal Geral concluiu não ser necessário examinar se as premissas utilizadas pela Comissão na realização do “teste do concorrente tão eficiente quanto” estariam corretas ou não, afastando também a argumentação da Intel nesse quesito.

d) Do julgamento pelo Tribunal de Justiça

O recurso da Intel ao Tribunal de Justiça adotou linha muito similar aos argumentos apresentados no Tribunal Geral, além de dedicar boa parte do texto a contestar também a falta de proporcionalidade da multa imposta pela Comissão e confirmada pelo Tribunal Geral.

O principal argumento da Intel junto ao Tribunal de Justiça e de interesse deste trabalho foi o de que o Tribunal Geral teria cometido um erro de direito ao não analisar todas as circunstâncias do caso concreto na avaliação da política de descontos da Intel.¹²⁶

Esse argumento da Intel é dividido em três partes.

Primeiro, a Intel afirmou que os descontos somente poderiam ser caracterizados como abusivos após uma análise detalhada das circunstâncias do caso, para que fosse verificada ou não a possibilidade de restringirem a concorrência.¹²⁷

Acrescentou que o texto legal do art. 102 do TFUE não indicaria que determinados comportamentos adotados por agentes detentores de posição dominante deveriam ser qualificados como anticoncorrenciais por natureza.¹²⁸ Ainda nesse tópico, a Intel sustentou que a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça exigiria a análise global das características particulares da conduta em apreço, como sua duração, amplitude, demanda dos clientes e capacidade de os descontos excluïrem concorrentes igualmente eficientes.

Aprofundando esse argumento, a Intel ponderou que a afirmação do Tribunal Geral de que o detentor de posição dominante poderia demonstrar que seu comportamento é objetivamente justificado é uma declaração falsa, na medida que a própria decisão da Comissão e o Tribunal Geral

¹²⁵ Vide Acórdão de 12.6.2014 – Processo T-286/09 [Excertos]. Intel/Comissão. p. 24, item 150.

¹²⁶ A Intel apresentou outros cinco argumentos em seu recurso, quais sejam: (a) erro de direito cometido pelo Tribunal Geral ao declarar a existência da infração nos anos de 2006 e 2007; (b) erro de direito cometido pelo Tribunal Geral ao qualificar os descontos concedidos a Dell, HP e Lenovo como condicionados à exclusividade; (c) o Tribunal Geral teria concluído de forma errada pela inexistência de vício processual em relação à oitiva de uma pessoa física; (d) o Tribunal Geral errou ao se declarar competente para julgar os acordos celebrados entre Intel e Lenovo; e (f) a multa aplicada a Intel seria desproporcional e ilegal.

¹²⁷ Nesse sentido, a Intel cita o caso Tomra Systems vs. Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221), afirmando que a análise das circunstâncias do caso deve ser verificada independentemente de os descontos produzirem um efeito fidelizador ou não.

¹²⁸ Vide Acórdão de 6.9.2017 – Processo C-413/14 -, Intel/Comissão. p. 15.

não reconheceram os benefícios advindos de sua política de descontos. Nesse sentido, uma vez que a Comissão procedeu ao teste do “concorrente tão eficiente quanto”, segundo a Intel, o Tribunal Geral deveria analisar os contra-argumentos apresentados por ela.

Segundo, a Intel defendeu que mesmo na hipótese de os descontos serem caracterizados como descontos por fidelidade, tal fato, por si só, não seria suficiente para excluir a análise acerca da capacidade de restringirem a concorrência.

Por fim, a Intel argumentou que a análise executada pela Comissão sobre a capacidade de os descontos restringirem a concorrência era insuficiente e não ratificava os erros de direito anteriormente apontados.

Ao concluir seu recurso, a Intel solicitou ao Tribunal de Justiça que:

1. Anulasse, total ou parcialmente, a decisão do Tribunal Geral;
2. Anulasse, total ou parcialmente, a decisão da Comissão;
3. Anulasse, ou reduzisse substancialmente, a multa aplicada;
4. A título subsidiário, remetesse o processo ao Tribunal Geral para que este decidisse em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça; e
5. Condenasse a Comissão pelas despesas relativas ao processo.

Sobre os argumentos da Intel, o Tribunal de Justiça afirmou que o fato de uma agente detentor de posição dominante condicionar o desconto à exclusividade (ou quase exclusividade) se caracterizaria como abuso de posição dominante na acepção do art. 102 do TFUE.

No entanto, destacou que no caso de a empresa investigada sustentar no procedimento administrativo, com base em elementos de prova, que seu comportamento não era apto a gerar fechamento de mercado, tampouco a produzir os efeitos negativos à concorrência, as circunstâncias do caso concreto deveriam ser verificadas.

Isso constituiria o próprio dever da Comissão de verificar e o direito da parte investigada de apresentar uma justificativa objetiva à sua conduta.

Para isso, antes de verificar a justificativa apresentada, a Comissão deveria chegar à conclusão de que a conduta investigada teria o potencial de levar ao fechamento de mercado. No caso analisado, a Comissão considerou inúmeras circunstâncias da conduta investigada e até mesmo realizou o “teste do concorrente tão eficiente quanto” para chegar à conclusão da potencialidade de fechamento de mercado da conduta. Diante dessa situação, ponderou o Tribunal de Justiça que o Tribunal Geral

deveria, portanto, ter verificado os argumentos da Intel quanto à potencialidade de fechamento de mercado da conduta e quanto aos efeitos negativos líquidos à concorrência.¹²⁹

Dessa forma, determinou que o processo fosse remetido novamente ao Tribunal Geral para que aquele órgão analisasse os argumentos apresentados pela Intel, em relação à capacidade de fechamento de mercado e aos efeitos líquidos de sua política de descontos.

Antes de serem apresentadas às conclusões deste capítulo, é importante destacar que, no julgamento do caso Intel, o Tribunal Geral reafirmou a jurisprudência da União Europeia sobre a metodologia de análise dos descontos condicionados, de acordo com sua natureza jurídica, conforme descrito abaixo.

e) Da natureza e da metodologia de análise dos tipos de descontos condicionados

Como dito, no julgamento do caso Intel, o Tribunal Geral, de forma didática, reafirmou a metodologia consagrada pela jurisprudência europeia para a análise dos descontos condicionados a depender da natureza dos descontos, conforme descritos a seguir.

O Tribunal Geral classificou os descontos em três categorias:¹³⁰

- Categoria 1 – Descontos por volume progressivo: entendidos somente como descontos não retroativos, condicionados ao volume de compra adquirido;
- Categoria 2 – Desconto por fidelidade: entendidos como descontos condicionados ao cliente obter grande parte ou toda a sua demanda de um determinado fornecedor; e
- Categoria 3 – Descontos por volume retroativo e para pacotes ou multiprodutos:¹³¹ entendidos como descontos que, muito embora não sejam diretamente ligados à condição de exclusividade (ou quase exclusividade), são estruturados de forma a construir um efeito prático de fidelidade. Seria o caso, por exemplo, de descontos condicionados a objetivos de venda individuais e não necessariamente ligados à exclusividade (ou quase exclusividade). Ilustrativamente, pode ser incluída nessa categoria um desconto de volume retroativo em que a meta de aquisição mínima para que o desconto seja concedido é tão elevada que, na prática, o desconto leva à fidelização. Também estão incluídos nessa categoria os descontos para pacotes ou multiprodutos.

¹²⁹ Vide Acórdão de 6.9.2017 – Processo C-413/14 -, Intel/Comissão, p. 15.

¹³⁰ Tal categorização é amplamente amparada pela jurisprudência do Tribunal Geral, vide, por exemplo, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, 322/81, *British Airways/Comissão*, C-95/04 P, Colet., p. I-2331.

¹³¹ Como afirmado no item III.3, existem diversas classificações e terminologias possíveis para os descontos condicionados. O texto da decisão da Comissão traz a expressão “descontos indutores de fidelidade”, como aqueles da Categoria 3. De acordo com as características de tais descontos, e para fins de coerência deste estudo, identificamos os descontos da Categoria 3 como descontos por volume retroativo e descontos para pacotes ou multiprodutos. Apesar disso, é importante ter claro que, segundo a jurisprudência da União Europeia, esta categoria é mais ampla, comportando outros tipos de desconto, uma vez que sejam indutores de fidelidade.

Em relação à análise dos descontos da Categoria 1, o Tribunal Geral entendeu não haver muita discussão. Os descontos condicionados ao volume adquirido progressivo são presumivelmente lícitos desde que reflitam ganho de eficiência e economia de escala feita por agente com posição dominante.

No que tange aos descontos da Categoria 2, por fidelidade, como já dito e reafirmado com a análise do caso da Intel, são entendidos de antemão como ilícitos por sua capacidade de ocasionar o fechamento de mercado. Isso porque, segundo o Tribunal Geral, tais descontos destinam-se a retirar do comprador ou limitar-lhe a possibilidade de escolha no que diz respeito às fontes de abastecimentos, impedindo a entrada de outros agentes no mercado.¹³² Além disso, para os outros fornecedores do mercado afetado, lhe seria retirada a possibilidade de exercer a concorrência integral no mercado relevante considerado.

No que tange aos descontos da Categoria 3, a jurisprudência europeia entende que, para a avaliação de sua ilegalidade, seria mandatório avaliar as circunstâncias do caso concreto, especialmente realizar testes e verificar as modalidades de concessão de descontos, a fim de checar se tais descontos podem levar ao fechamento de mercado.

V.4. CONCLUSÃO SOBRE A UNIÃO EUROPEIA

Conforme se observa do descrito acima, é possível afirmar que a metodologia de análise dos descontos condicionados pela União Europeia encontra relativa estabilidade no tocante aos descontos das Categorias 1 e 3.

Isto é, os descontos por volume progressivos são presumidos como lícitos (Categoria 1) e no caso de descontos por volume retroativos e daqueles para pacotes ou multiprodutos é necessário avaliar concretamente as circunstâncias a fim de se verificar a potencialidade de fechamento de mercado da prática em exame.

A grande questão nesse ponto é realizar a distinção, na prática, entre os descontos por volume puro dos descontos por volume que levam ao efeito de fidelização. Tal trabalho já demandaria do estudioso do tema uma análise de efeitos minimamente sólida quando da elaboração da política de descontos.

Já em relação aos descontos da Categoria 2, por fidelização, a controvérsia é mais intensa. A jurisprudência consolidada da União Europeia, pautada inclusive por razões históricas relativas à

¹³² Vide Acórdão de 12.6.2014 – Processo T-286/09 [Excertos]. Intel/Comissão. p. 13.

própria consecução dos objetivos de integração e desenvolvimento de um mercado comum europeu, adota uma análise mais formal sobre os descontos por fidelidade.

Houve, como visto, a publicação das Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, descrevendo critérios de avaliação do abuso de posição dominante sob a ótica de uma análise mais econômica do que formal.

No entanto, quando o processo da Intel foi julgado pela Comissão e pelo Tribunal Geral, o que se viu foi a continuidade à tradição de uma análise mais formalista do que aquela baseada em efeitos.

Apesar de o Tribunal de Justiça ter determinado o retorno do processo ao Tribunal Geral para que fosse reanalisado, ao examinar o caso da Intel, no nosso entendimento, o Tribunal de Justiça reafirmou, em grande medida, a continuidade da aplicação de uma análise formal para os descontos da Categoria 2.

Os argumentos utilizados para suportar essa decisão são de duas ordens. Primeiramente, o Tribunal de Justiça afirmou que a análise das características do caso concreto, muito embora não fosse obrigatória, teria sido feita pela Comissão e utilizada para subsidiar sua decisão. Dessa forma, era direito da Intel ter seus argumentos sobre essa análise verificados pelo Tribunal Geral. Isto é, não era obrigatória uma análise das circunstâncias do caso concreto, mas, uma vez realizada essa análise, era como se a Comissão tivesse se obrigado a avaliar os argumentos da Intel relativos a esse tema.

Além disso, seria dever do Tribunal Geral examinar as justificativas objetivas apresentadas pela Intel de que sua conduta não era apta a gerar efeitos negativos para a concorrência. Mas era pressuposto dessa análise o potencial de fechamento de mercado da conduta da Intel. Ou seja, o Tribunal de Justiça reafirmou a jurisprudência europeia sobre os descontos da Categoria 2, entendidos como ilícitos *a priori* e sujeitos a uma análise das características do caso concreto quando apresentadas justificativas objetivas da prática investigada.

Muito embora seja questionada a obrigatoriedade de a Comissão adotar as Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE na análise dos descontos condicionados e que tal documento não traz uma segurança jurídica sólida aos administrados, ele apresenta, em alguma medida, elementos interessantes a serem considerados pelos agentes de mercado quando da elaboração de políticas de descontos.

Diante do acima exposto, pode-se afirmar, resumidamente, que atualmente a seguinte metodologia de análise dos descontos condicionados é aplicada pela União Europeia:

Natureza do Desconto	Entendimento <i>a priori</i>	Metodologia de Análise
----------------------	------------------------------	------------------------

Categoria 1 – Descontos por volume progressivo	Lícitos	De efeitos, baseada em potencial de fechamento de mercado e efeitos anticoncorrenciais
Categoria 2 – Descontos por fidelidade	Ilícitos	Formal, basta a configuração da exclusividade para caracterizar a ilicitude
Categoria 3 – Descontos por volume retroativo e para pacotes ou multiprodutos	A ser verificado	De efeitos, baseada em potencial de fechamento de mercado e efeitos anticoncorrenciais

Quadro 4: Metodologia adotada pela União Europeia na análise de descontos condicionados.

Fonte: elaboração própria.

Diante do exposto acima, é possível afirmar que a União Europeia vem tradicionalmente adotando uma postura baseada na metodologia *form-based approach* para os casos de Descontos por Fidelidade. Tal como descrito, essa metodologia também considera determinadas condutas como anticoncorrenciais, *a priori*, no entanto, possibilitaria a análise das circunstâncias e dos efeitos da conduta no caso concreto. Nesse caso, o ônus de apresentar justificativa plausível para a conduta seria de responsabilidade da empresa em posição dominante. Esses aspectos aproximam o Desconto por Fidelidade de um ilícito por objeto.

Já no caso dos descontos por volume retroativo e descontos para pacotes ou multiprodutos, não há qualquer presunção de ilicitude. Nestes casos, a análise de legalidade deve ser pautada no exame detalhado da estrutura do mercado e dos efeitos líquidos da conduta, cujo ônus é da autoridade antitruste.

VI. CAPÍTULO 5 – A METODOLOGIA DE ANÁLISE DE DESCONTOS CONDICIONADOS ADOTADA PELOS EUA

VI.1. CONTEXTO

Mais uma vez, no intuito de situar o leitor e possibilitar uma comparação com a estrutura de aplicação do direito concorrencial nos Eua, na União Europeia e no Brasil, são apresentadas algumas linhas gerais sobre a estrutura de aplicação do direito antitruste nos Eua.

A legislação antitruste norte-americana é basicamente aplicada por quatro esferas: (i) pelo Departamento de Justiça (DOJ), que é um braço do Executivo; (ii) pela Federal Trade Commission (FTC), um órgão regulatório criado pelo Congresso; (iii) pelos advogados gerais de cada um dos 50 estados; e (iv) pela esfera privada (desdobramentos de natureza do direito civil).¹³³

Para evitar sobreposição na aplicação da legislação, a cada uma dessas esferas competem temas específicos e áreas de especialização.

As matérias atinentes a temas concorrenciais são esparsas na legislação, estando dispostas principalmente no Sherman Act e no Clayton Act.

As práticas de descontos condicionados prejudiciais à concorrência estão previstas na Seção 3 do Clayton Act, cuja aplicação é de competência do FTC. Esse órgão é composto por cinco conselheiros, designados pelo presidente da república para um mandato de sete anos. O FTC tem três escritórios temáticos, o de Concorrência, o de Consumidor e o de Economia.¹³⁴

Apesar disso, muitos dos casos envolvendo descontos condicionados são processados com base na Seção 2 do Sherman Act, como parte de uma estratégia ilegal de monopolização. A aplicação dessas disposições é de competência do DOJ.

Além disso, assim como no Brasil, as matérias concernentes ao direito concorrencial podem ser discutidas diretamente no Judiciário sem antes ter passado pelo crivo de qualquer agência/autarquia especializada.

¹³³ BRODER, 2005, p. 166.

¹³⁴ Como é de se imaginar, o Escritório do Consumidor lida com temas relativos ao consumidor, e o da Economia auxilia nas análises de impactos econômicos e na produção de pareceres econômicos sobre os temas em trâmite no FTC.

VI.2. METODOLOGIA APLICADA PELOS EUA: REGRA DA RAZÃO

Em termos de metodologia, pode-se afirmar que os EUA empregam a regra da razão na análise dos descontos condicionados.¹³⁵ Tradicionalmente, a jurisprudência norte-americana vem analisando os descontos condicionados sob uma perspectiva similar à de preços predatórios, com base na análise de preço-custo.¹³⁶ Assim, bastaria que o preço final considerando o desconto fosse maior que o custo médio do agente ofertante do desconto para que a conduta fosse considerada lícita. Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA já se manifestou:

Os preços baixos beneficiam os consumidores independentemente de como esses preços são definidos. Desde que estejam acima dos níveis predatórios, eles não ameaçam a concorrência e, portanto, não geram prejuízos concorrenciais.^{137,138}

Essa metodologia premiaria a própria concorrência no mérito, favorecendo o agente mais eficiente, como já entendeu a Suprema Corte norte-americana:

O efeito de exclusão dos preços acima dos custos reflete a estrutura de custos mais baixos do suposto predador e, portanto, representa a concorrência no mérito, ou está além da capacidade prática de um tribunal judicial controlar sem assumir riscos intoleráveis de desencorajar o corte de preços legítimo.¹³⁹

Apesar disso, nos últimos anos, decisões judiciais e a academia norte-americana passaram a discutir sobre a necessidade ou não de se realizar o teste do preço-custo para os casos de desconto condicionado. Isso porque a ideia de que mesmo na hipótese de a empresa dominante estar exercendo preço final acima do seu custo médio não poderia gerar efeitos negativos para a concorrência quando o concorrente for tão eficiente quanto ela, foi sendo contestada.

Nesse contexto, é interessante notar a reflexão do professor Timothy Brennan:

¹³⁵ Vide, por exemplo, o seminário organizado pelo DOJ e FTC: *Conditional Pricing Practices: Economic Analysis and Legal Policy Implications*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2014/06/conditional-pricing-practices-economic-analysis-legal-policy>>. Acesso em: 25/07/2021; e OCDE. *Roundtable on Fidelity Rebates*. Note by United States. 2016. p 4. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/fidelity-rebates.htm>>. Acesso em: 25/07/2021.

¹³⁶ Para fins práticos, entendemos a análise de preço-custo como o teste equivalente do concorrente tão eficiente quanto.

¹³⁷ *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 340 (1990). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/328/>>. Acesso em: 25/07/2021.

¹³⁸ Esse mesmo princípio já foi afirmado em diversos outros casos, como por exemplo *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477 (1977) e *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007).

¹³⁹ Vide *Brooke Group Ltd. v. Bronw & Williamson Tobacco Corp.*, US 209 (1993). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/>>. Acesso em: 25/07/2021.

E pensando sobre isso [a necessidade de se realizar o teste do preço-custo na análise de descontos condicionados] antes, se essa era uma negociação estritamente exclusiva, então basicamente se torna a análise com base na regra preço-custo. Exclui participantes ineficientes – menos eficientes, mas não excluiria os mais eficientes. Isso me parece muito rígido. Nunca entendi muito bem essa obsessão que os concorrentes precisam ser participantes igualmente eficientes. Entrantes menos eficientes podem fornecer benefícios competitivos. Não há nada – porque alguém escolheria isso não faz muito sentido para mim. Se alguém aprovasse uma lei proibindo a entrada de participantes ineficientes, acharíamos que seria uma boa ideia? Então, eu não entendo.¹⁴⁰

Tal questionamento fica mais evidente ainda quando se leva em conta o caso de descontos multiprodutos. Nesse sentido, o exemplo do Juiz Kaplan no caso *Orto vs. Abbott* é didático:

Suponha, para simplificar, que o caso envolveu a venda de dois produtos para o cabelo, xampu e condicionador, o último feito apenas por A e o anterior por A e B. Suponha também que ambos devem ser usados para lavar o cabelo. Suponha ainda que o custo variável médio de A para o condicionador seja \$ 2,50, que seu custo variável médio para o xampu seja \$ 1,50 e que o custo variável médio de B para o xampu seja \$ 1,25. B, portanto, é o produtor mais eficiente de xampu. Finalmente, suponha que A precifique o condicionador e o xampu em \$ 5 e \$ 3, respectivamente, se comprados separadamente, mas a \$ 3 e \$ 2,25 se comprado como parte de um pacote. Sem o preço do pacote, o preço de A para ambos os produtos é \$ 8. B, portanto, deve ter o preço de seu xampu igual ou inferior a \$ 3 para competir efetivamente com A, visto que o cliente estará pagando a A \$ 5 pelo condicionador, independentemente do fornecedor de xampu que escolher. Com o preço do pacote, o cliente pode comprar ambos os produtos de A por \$ 5,25, um preço acima da soma do custo variável médio de A para ambos os produtos. Para que B possa competir, no entanto, ele deve persuadir o cliente a comprar o shampoo de B enquanto compra seu condicionador de A por \$ 5. Para fazer isso, B não pode cobrar mais do que \$ 0,25 pelo xampu, pois de outra forma o cliente achará a embalagem de A mais barata do que comprar condicionador de A e xampu de B. Com base nessas suposições, A forçaria B a sair do mercado de xampu, embora B seja o produtor mais eficiente de xampu, sem precificar nenhum dos produtos de A abaixo do custo variável médio.¹⁴¹

Decisões recentes em processos com contextos fáticos semelhantes reacenderam a discussão, conforme destacado abaixo.

¹⁴⁰ Tradução livre. Vide apresentação do professor Timothy J. Brennan no Workshop organizado pelo DOJ e FTC, em 23 de junho de 2014, para discutir as práticas de descontos condicionados. Para mais detalhes, cf. <<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2014/06/conditional-pricing-practices-economic-analysis-legal-policy>>. Acesso em: 27/07/2021.

¹⁴¹ Vide *Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Laboratories*. 920 F. Supp. 455. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/920/455/1461530/>>. Acesso em: 25/07/2021.

a) LePage's vs. 3M e Mckenzie-Willamette Hospital vs. PeaceHealth^{142,143}

O primeiro caso trata-se de denúncia feita pela Lepage's Incorporated e LePage's Management Company, L.L.C. (LePage's) contra a Minnesota Mining and Manufacturing Company (3M), fundamentada em quatro acusações:¹⁴⁴ restrição ilegal ao comércio, monopolização, tentativa de monopolização e negociação exclusiva ilícita.

A 3M é uma tradicional fabricante de fitas para uso doméstico e comercial que dominou o mercado de fitas dos EUA até o início dos anos 1990, com uma participação de mercado acima de 90%.¹⁴⁵

A LePage's é uma fabricante de fitas transparentes ("durex") mas que à época produzia em pequena escala, sob encomenda. Com o rápido crescimento das superlojas de departamentos, como o Walmart, Kmart, Staples, entre outras, o padrão de consumo daquele mercado se alterou. Esses grandes varejistas queriam usar suas "marcas" para vender produtos de papelaria, incluindo fitas transparentes. Tais redes varejistas tornaram-se então clientes da LePage's, que passou a figurar como uma das principais fornecedoras daquele mercado, tendo vendido cerca de 88% das fitas para o mercado de fitas transparentes sob encomenda em 1992.

O crescimento do mercado chamou a atenção da 3M que também entrou no negócio de marca própria durante o início de 1990, e decidiu disputar clientes com a LePage's.

Nesse contexto, a LePage's afirma que, em resposta ao crescimento do mercado e da participação da LePage's, a 3M se engajou em uma série de condutas anticoncorrenciais com o objetivo de restringir a disponibilidade de produtos de baixo custo para os consumidores. Tal estratégia teria sido implementada através de programas de descontos condicionados multiprodutos que impediram a LePage's e outra empresa nacional atuante no negócio, a Tesa Tuck, Inc., de desenvolverem-se no mercado.

De acordo com a LePage's, a 3M utilizava sua posição dominante no mercado de fitas, especialmente de fitas adesivas, para obter uma vantagem competitiva no mercado de fitas transparentes fabricadas sob encomenda. Assim, a 3M estaria oferecendo desconto em seis categorias de produtos a seus clientes, desde que eles comprassem dela também as fitas transparentes fabricadas sob encomenda. Quanto mais produtos de linhas diferentes eram adquiridos, maior era o desconto.

¹⁴² Não foram localizados na íntegra e em versão pública os processos mencionados, apenas as respectivas decisões judiciais, razão pela qual todas as informações dos casos têm como base estas decisões e foram assim referenciadas.

¹⁴³ Vide Cascade Health Solutions fka Mckenzie-Willamette Hospital vs. PeaceHealth e PacificSource Health Plans, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit No. 05-35627 D.C. No. CV-02-06032-ALH.

¹⁴⁴ Todos os casos mencionados nesta seção tratam de outros assuntos que não descontos condicionados, tendo em vista a limitação temática deste trabalho, focaremos no tema dos descontos.

¹⁴⁵ Vide United States Court of Appeals, Third Circuit. LEPAGE'S INCORPORATED; LePage's Management Company, L.L.C, v. Minnesota mining and Manufacturing Company; Kroll Associates, Inc. Nos. 00-1368,00-1473.

Além disso, o programa de desconto estabelecia uma meta de crescimento de volume de compra individual por cliente, comparado ao volume de compras anteriores. Com os descontos ofertados, alguns clientes chegaram a economizar mais de um milhão de dólares no ano.¹⁴⁶ Em algumas das linhas de produtos incluídos no programa de desconto da 3M, a LePage's sequer atuava.

Em sua defesa, a 3M nunca negou sua posição dominante ou que os descontos não existiam. Seu principal argumento era que não havia exclusividade, e que os descontos seriam pró-competitivos, uma vez que o preço final já considerando o desconto estava acima do custo individual dos produtos.

A LePage's teve seu pleito atendido em julgamento em primeira instância, sob o argumento já apresentado acima de que, no caso de descontos multiprodutos, seria possível haver efeitos negativos à concorrência mesmo na hipótese de o preço do agente dominante ser maior que seus custos, sendo, portanto, desnecessário realizar o teste preço-custo. Adicionalmente, a análise feita pela regra da razão teria demonstrado que a política de descontos da 3M gerou efeitos negativos à concorrência, e as justificativas da 3M para a adoção da conduta não foram entendidas como legalmente razoáveis, motivos pelos quais a conduta foi considerada ilícita.

A 3M recorreu da decisão contestando, principalmente, o fato de que seus preços após a aplicação do desconto ainda eram maiores que os custos médios, de forma que sua prática não poderia ser caracterizada como ilícito concorrencial. Em sede de julgamento de recurso, o tribunal manteve a decisão de primeira instância em relação aos descontos condicionados.

Já o segundo caso trata-se de denúncia judicial apresentada pelo McKenzie-Willamette Hospital (McKenzie) contra PeaceHealth, fundamentada em sete acusações: monopolização, tentativa de monopolização, conspiração para monopolizar, venda casada, exclusividade, discriminação de preços e interferência econômica indevida.

McKenzie e PeaceHealth eram os dois únicos hospitais¹⁴⁷ no Condado de Lane, no estado do Oregon. O PeaceHealth operava em três estabelecimentos enquanto o McKenzie em apenas um. Ambos ofertavam serviços de cuidados primários e secundários, que são serviços menos complexos, como por exemplo, cuidado de fraturas simples, exames de rotina etc. Já o PeaceHealth prestava também serviços de cuidados terciários, que são mais complexos, envolvendo cirurgias cardiovasculares, por exemplo. Àquela altura,¹⁴⁸ o PeaceHealth detinha mais de 90% de participação

¹⁴⁶ Foi o caso do Walmart e do Kmart, por exemplo.

¹⁴⁷ Tecnicamente, os termos da decisão se referem ao McKenzie e ao PeaceHealth como operadores de hospitais.

¹⁴⁸ A decisão não traz com precisão a data, mas da leitura de seus termos compreende-se que a referência temporal seria ao final da década de 1990 e início dos anos 2000.

de mercado nos serviços de cuidados terciários e mais de 75% nos casos de serviços primários e secundários.¹⁴⁹

À época, existiam três principais atores no mercado de serviços hospitalares: os hospitais, as seguradoras e os pacientes. Os hospitais prestavam os serviços aos pacientes e vendiam a oferta desses serviços para as seguradoras. As seguradoras compravam a oferta desses serviços dos hospitais e vendem aos pacientes e aos empregadores. Os pacientes compravam a oferta desses serviços das seguradoras ou diretamente dos hospitais.

Em relação aos descontos condicionados, o McKenzie acusava o PeaceHealth de tentativa de monopolização com o fechamento de mercado e aumento artificial de custos de rivais através do oferecimento às seguradoras de descontos de 35% a 40% em serviços de cuidados terciários caso ela fosse contratada como única fornecedora nos mercados de serviços hospitalares primários e secundários.

Na análise desse caso, diferentemente do LePage's vs. 3M, em sede de apelação, o tribunal entendeu que a prática de desconto condicionado por pacotes somente seria condenável se fosse demonstrado que os preços com desconto seriam mais baixos que o custo médio do PeaceHealth, tendo sido, portanto, equivocada a decisão do caso LePage's:

Em resumo, sustentamos o seguinte: para provar que um desconto de pacote era excludente ou predatório para o propósito de monopolização ou tentativa de monopolização nos termos do § 2 da Lei Sherman, o requerente deve estabelecer que, após a atribuição do desconto concedido pelo réu no pacote inteiro de produtos para o produto ou produto competitivo, o réu vendeu o produto ou produtos concorrentes abaixo de seu custo variável médio de produzi-los. A decisão da corte distrital sobre a tentativa de reivindicação de monopolização se baseou na decisão de LePage que a rejeitamos, por conter um erro de direito.¹⁵⁰

b) ZF Meritor vs. Eaton e Eisai vs. Sanofi-Aventis

O primeiro caso se trata de denúncia apresentada em cinco de outubro de 2006 pela ZF Meritor, LLC e Meritor Transmission Corporation (ZF Meritor) contra a Eaton Corporation (Eaton), por alegadas práticas anticompetitivas no mercado de transmissão para caminhões pesados, como betoneiras, caminhões de lixo etc. Tais práticas configurariam restrição ilegal ao comércio, monopolização, tentativa de monopolização e negociação exclusiva ilícita.

A Eaton era uma grande fabricante de motores e componentes para motores, bem como uma das principais fornecedoras de sistema de transmissão para caminhões pesados. Existiriam no

¹⁴⁹ Vide Cascade Health Solutions fka McKenzie-Willamette Hospital vs. PeaceHealth e PacificSource Health Plans, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit No. 05-35627 D.C. No. CV-02-06032-ALH. p. 11.

¹⁵⁰ Idem, p. 44.

mercado apenas dois fornecedores, a própria Eaton e a ZF Meritor, e quatro clientes: Freightliner, Paccar, Volvo e International.

No início dos anos 2000, o mercado teve um grande declínio de demanda. Nesse contexto, a Eaton assinou contratos de longo prazo, de pelo menos cinco anos, com todos os compradores do mercado. Tais contratos de longo prazo seriam relativamente comuns, mas não nos termos agora contratados pela Eaton.

O contrato firmado com a Freightliner dispunha que seriam concedidos descontos caso o comprador adquirisse 92% ou mais de sua demanda de transmissão para caminhões pesados da Eaton. Já no acordo com a International, a Eaton pagou adiantado ao cliente dois milhões e meio de dólares e se comprometeu a conceder descontos adicionais caso a International adquirisse 87% ou mais de sua demanda da Eaton. No caso da Paccar, a Eaton pagou adiantado um milhão de dólares e se comprometeu a fornecer descontos adicionais desde que o cliente mantivesse pelo menos 90% de suas compras de transmissão para caminhões pesados da Eaton. Por fim, no caso da Volvo, a Eaton se comprometeu a fornecer descontos desde que o cliente adquirisse dela pelo menos 70% de sua demanda de transmissão para caminhões pesados. Nas situações específicas da Freightliner e da Volvo, o contrato ainda poderia ser extinto pela Eaton caso as metas mínimas não fossem atingidas. Em todos os contratos havia a previsão de que, se os clientes não atingissem a meta mínima de demanda por ano, a Eaton poderia exigir a devolução de todos os descontos e adiantamentos concedidos.

Além disso, em alguns dos contratos constava também a proibição de os clientes fazerem propaganda, ou fornecerem aos seus clientes, a opção de transmissão para caminhões pesados fabricada por concorrente da Eaton.

Durante todo o prazo desses contratos, foi constatado que a Eaton sempre ofertou melhores preços que a ZF Meritor. Apesar disso, os preços da Eaton sempre estavam acima de seus custos.

Em 2003, a ZF Meritor decidiu sair do mercado, uma vez que, segundo informado pela empresa, não havia racionalidade econômica em continuar no mercado com participação inferior a 10%.

Em sua defesa, o principal argumento da Eaton foi semelhante ao da 3M, de que a ZF Meritor não demonstrou que o preço final da Eaton estaria abaixo do custo, razão pela qual sua conduta deveria ser considerada legal por si. Apesar disso, em decisão final, o tribunal entendeu que foram apresentados nos autos indícios robustos de fechamento de mercado, razão pela qual a conduta da Eaton foi entendida como anticoncorrencial.

O segundo caso envolve uma denúncia da Eisai, Inc. (Eisai), apresentada em 18 de agosto de 2008, contra a Sanofi Aventis U.S.A., LLC; Sanofi U.S. Services, Inc. e Sanofi-Aventis U.S. Inc.

(Sanofi), segundo a qual a Sanofi estaria utilizando esquemas de desconto para realizar monopolização, tentativa de monopolização e conspiração para monopolização.¹⁵¹

À época dos fatos, a Sanofi era uma das maiores indústrias farmacêuticas do mundo e fabricante de um anticoagulante chamado Lovenox. Já a Eisai era uma distribuidora do remédio Fragmin, concorrente do Lovenox, mas fabricado pela Pfizer.

De acordo com a Eisai, a Sanofi estaria oferecendo descontos de até 30% aos hospitais na compra de Lovenox, através de grupos de compras, baseado em descontos de participação e de volume. Os descontos consideravam altas taxas de volume, acima de 75%. A ideia aqui é a mesma dos casos anteriores: enquanto o representante argumentava haver indícios robustos de fechamento de mercado, sendo desnecessário o teste de preço-custo, a Sanofi sustentava que seu preço, ainda que considerasse o desconto, seria maior que o custo, não podendo ser sua conduta considerada ilícita. A decisão final deu razão à Sanofi, e, por entender que seu preço estaria acima do custo, a conduta foi considerada lícita em julgamento de quatro de maio de 2016.

VI.3. CONCLUSÃO SOBRE O ENTENDIMENTO AMERICANO

A doutrina e a jurisprudência norte-americana são unânimes ao abordar os casos envolvendo descontos condicionados pela regra da razão. Existe divergência sobre a necessidade de se realizar e considerar o teste preço-custo como determinante para a análise da legalidade ou ilegalidade da conduta, ou se bastaria apenas que ficasse configurado o fechamento de mercado e os efeitos danosos à concorrência para que a conduta fosse considerada ilícita, na ausência de justificativa legalmente razoável.

A distinção sobre quando aplicar um critério ou outro não é clara, há uma ideia de que quando a exclusividade for determinante na conduta, mais do que o preço, não seria necessário o teste do preço-custo. Do contrário, há a sugestão pela adoção do teste preço-custo, em uma abordagem semelhante à de condutas predatórias. Apesar disso, também não há clareza sobre o que avaliar para que se considere se a exclusividade ou o preço são mais relevantes na conduta sob a perspectiva do direito concorrencial.

¹⁵¹ Vide United States Court of Appeals, Third Circuit. *Eisai Inc. vs. Sanofi Anvestis US., LLC; Sanofi U.S. Services, Inc. e Sanofi-Aventis U.S., Inc.* No. 2017.

VII. CAPÍTULO 6 – A ANÁLISE DE DESCONTOS CONDICIONADOS PELO CADE E A SUGESTÃO DE METODOLOGIA A SER ADOTADA PELO CADE

VII.1. A RESOLUÇÃO Nº 20/1999 E A ANÁLISE DE CONDUTAS UNILATERAIS

A Resolução nº 20, de nove de junho de 1999 (Resolução 20/1999) trouxe o roteiro de análise de condutas anticompetitivas no âmbito do SBDC.¹⁵² Logo na introdução aos Anexos da Resolução 1999/20 é possível verificar o destaque que o Cade concede à análise dos efeitos das condutas anticompetitivas:

A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.

Além disso, consta também um aviso de que o roteiro de análises das condutas lá estabelecido seria apenas uma forma de conceder transparência aos administrados sobre a metodologia habitual que o Cade adota na análise das condutas anticompetitivas. Nesse ponto, tal ressalva nos parece ter objetivo semelhante daquela que consta nas Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, no sentido de eximir ou não vincular o aplicador da LDC às disposições da Resolução 20/1999.

No que tange à metodologia de análise das condutas restritivas à concorrência, a Resolução 20/1999 aponta o seguinte caminho a ser percorrido:

¹⁵² A Resolução 20/1999 foi parcialmente revogada pela Resolução nº 45, de 28 de março de 2007 do Cade, no entanto as disposições relativas à análise das restrições verticais continuam vigentes.

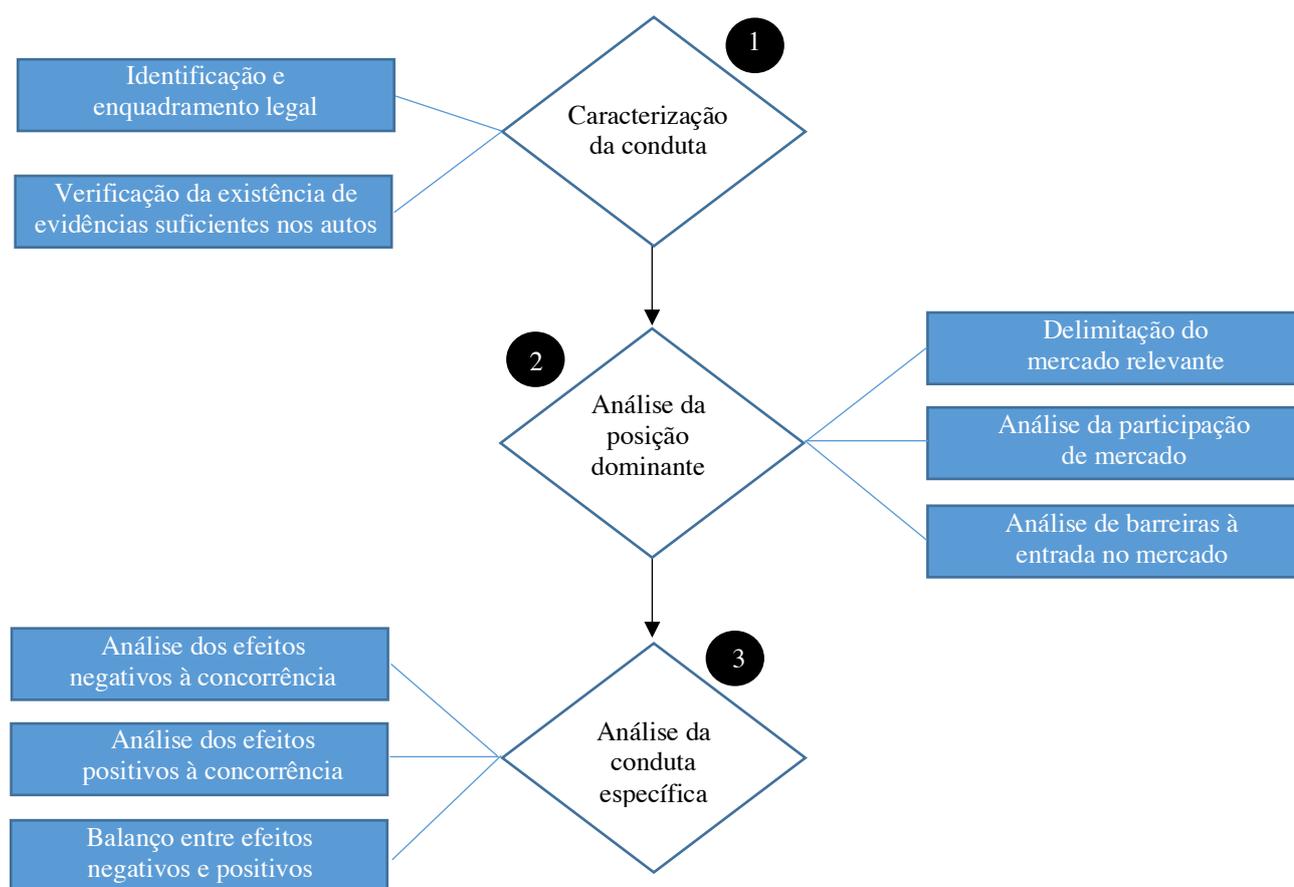


Figura 3: Passos para a análise da licitude da conduta.
 Fonte: elaboração própria, com base na Resolução 20/1999.

Após cumpridas todas as etapas acima e caso se conclua que os efeitos positivos da conduta não compensam os negativos, então ficará caracterizado o ilícito. Do contrário, na hipótese em que os efeitos positivos superem os negativos, a conduta será considerada lícita para fins concorrenciais.

Na etapa que trata da análise dos efeitos da conduta, a Resolução 20/1999 aponta como os principais efeitos anticoncorrenciais de condutas verticais, como os descontos condicionados:

(...) o reforço unilateral de poder de mercado de uma empresa dominante, no mercado relevante “de origem” (comum a todas as práticas); o “bloqueio” do mercado relevante “alvo” da prática para concorrentes efetivos ou potenciais (aumento das barreiras à entrada), inclusive por aumento de custos de rivais; a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda; e a atenuação da concorrência entre ou intra-marcas.¹⁵³

Já no que tange os principais benefícios possíveis das práticas verticais, a Resolução 20/1999 traz:

¹⁵³ Vide item 3.1.2 da Resolução 20/1999.

No caso das práticas verticais, os principais dentre os possíveis benefícios/eficiências a elas associados consistem na redução de custos de transação, expressa na detenção de comportamentos oportunistas (*free rider*) de modo a preservar/incentivar a qualidade dos serviços nos mercados “alvo” (distribuição, pós-venda etc.) e proteger a reputação e os investimentos em ativos específicos de empresas no mercado “de origem”. Em certos casos podem ainda estimular a consecução de economias de escala e de escopo no mercado “alvo”, ou ainda proteger o desenvolvimento tecnológico no mercado “de origem”.¹⁵⁴

Uma vez apresentado o roteiro de análise de condutas estabelecido pelo Cade, e ilustrado os principais efeitos negativos e positivos decorrentes de práticas verticais descritos na Resolução 20/1999, e apenas para que se possa contextualizar as decisões do Cade envolvendo descontos condicionados, será apresentada uma breve análise quantitativa de todos os casos de condutas unilaterais julgadas pelo órgão desde a vigência da LDC, em 29 de maio de 2012 a 31 de dezembro de 2020.¹⁵⁵

VII.2. CASOS DE CONDUTA UNILATERAL E DE DESCONTOS CONDICIONADOS JÁ ANALISADOS PELO CADE NA VIGÊNCIA DA LDC, UMA ANÁLISE QUANTITATIVA

Como se observa do Anexo I,¹⁵⁶ de 29 de maio de 2012 a 31 de dezembro de 2020, o Cade julgou 65 processos administrativos envolvendo condutas unilaterais. Tais casos ocorreram nos mais diversos setores, com destaque para os setores de crédito consignado, médico, telecomunicação e de terminais portuários:

Setor	Número de casos
Contratos de exclusividade entre a instituição financeira e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	6
Mercado de Prestação de Serviços Médicos	5
Telecomunicações	4
Transporte de Carga em Terminais Portuários	4
Administração de Shopping Centers	3
Sites de buscas	3
Mercado de armazenagem alfandegada na área de influência do porto de suape/pe. cobrança de taxa denominada thc2 (<i>terminal handling charge 2</i>) ou SSE (serviço de segregação e entrega)	3
Fornecimento de Energia Elétrica	2
Mercado de armazenagem alfandegada	2
Transporte de Valores	2

¹⁵⁴ Vide item 3.2.2. da Resolução 20/1999.

¹⁵⁵ As tabelas e as informações numéricas inseridas neste tópico foram desenvolvidas tendo como base dados fornecidos pelo Cade como resposta à consulta feita pelo autor, com base na lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), protocolada sob nº 08850.000014/2020-86, atualizada em 14 de julho de 2021.

¹⁵⁶ Vide Anexo I – Processos Julgados pelo Tribunal do Cade de 2012-2020 envolvendo Conduta Unilateral.

Quadro 5: Principais setores da economia envolvidos nos processos de conduta unilateral julgados pelo Cade na vigência da LDC.

Fonte: elaboração própria, com base em dados fornecidos pelo Cade.

Dentre as condutas investigadas, as que mais se destacam são:

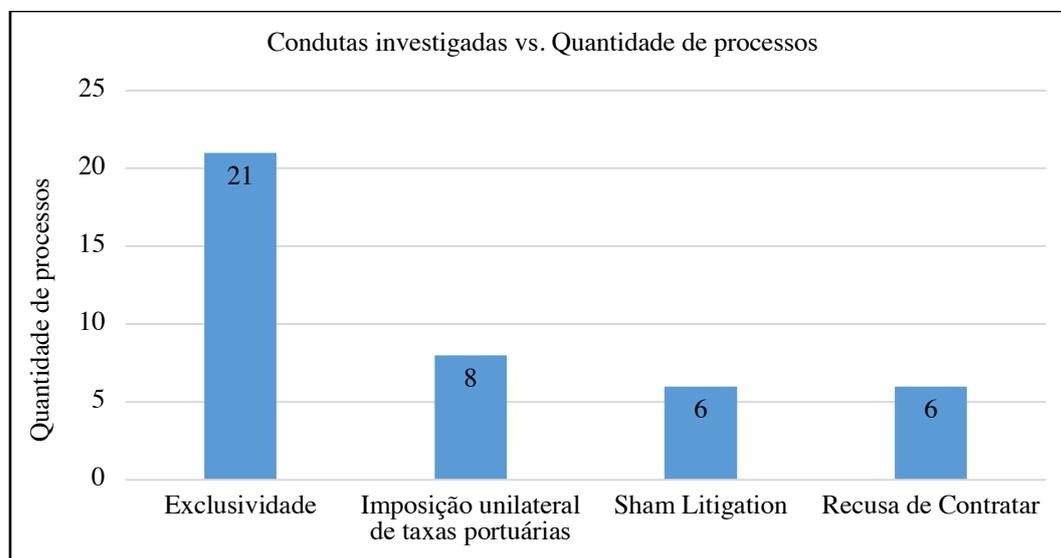


Figura 4: Principais condutas unilaterais investigadas na vigência da LDC.

Fonte: elaboração própria, com base em dados fornecidos pelo Cade.

Os 65 casos foram julgados da seguinte forma pelo Cade:¹⁵⁷

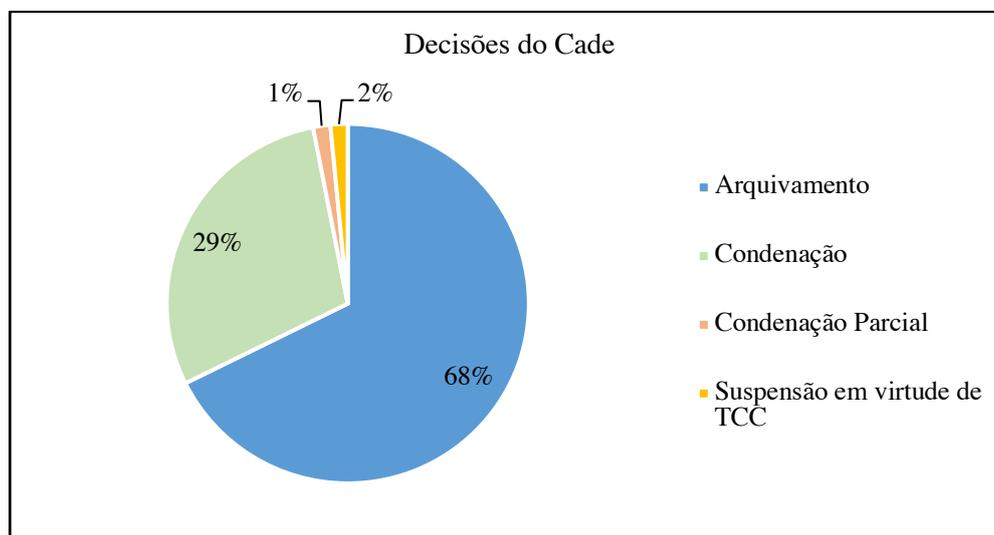


Figura 5: Tipos de decisão nos julgamentos envolvendo condutas unilaterais ocorridas na vigência da LDC.

Fonte: elaboração própria, com base em dados fornecidos pelo Cade.

¹⁵⁷ No processo administrativo nº 08012.010829/2011-54, foi firmado TCC com a Bematech S.A., e o processo foi arquivado em relação à Fagundez Distribuição Ltda., por ausência de comprovação do fato denunciado. Para os fins da estatística acima, esse caso foi categorizado como "arquivamento".

Dos casos em que houve condenação, a multa somada de todos os processos resultou em um montante aproximado de 164 milhões de reais, sendo que a maior multa individualmente considerada é no valor de 36 milhões.¹⁵⁸ Além disso, em ao menos 13 dos casos, o Cade aplicou outra penalidade em adição à multa.

Uma vez feita essa análise quantitativa da jurisprudência de casos julgados pelo Cade envolvendo condutas unilaterais à luz da LDC, passo seguinte seria analisar os casos que versariam sobre descontos condicionados.

No entanto, a análise detalhada dessa jurisprudência revelou que o Cade não julgou qualquer caso envolvendo descontos condicionados na vigência da LDC. Tal constatação leva inevitavelmente à descrição dos conhecidos precedentes do Cade sobre o tema, anteriores à LDC,¹⁵⁹ especialmente o caso Ambev Tô Contigo.

VII.3. O CASO AMBEV TÔ CONTIGO

Trata-se de processo administrativo instaurado em 27 de julho de 2004 contra a companhia de bebidas das Américas (Ambev), a partir de representação feita pela cervejaria Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A (Schincariol).

O processo administrativo tinha como objetivo investigar, à luz da legislação concorrencial brasileira, a licitude do programa de fidelização “Tô Contigo”¹⁶⁰ (Programa ou, simplesmente, Tô Contigo), a utilização da marca Antártica como marca de combate e a publicidade produzida pela Ambev em resposta à campanha de *marketing* iniciada pela Schincariol.¹⁶¹

O processo foi julgado em 22 de julho de 2009 tendo a Ambev sido condenada por unanimidade, nos termos do voto do conselheiro relator: (i) à cessação da conduta, (ii) ao pagamento de multa de 2% do seu faturamento,¹⁶² (iii) à publicação da decisão em jornal de grande circulação e (iv) a ser inscrita no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

¹⁵⁸ Multa essa aplicada no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, em que figuraram como representadas a Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company.

¹⁵⁹ O *caput* e os incisos I a IV do art. 36 da LDC são cópia fiel do *caput* e dos incisos I a IV do art. 20 da Lei 8.884/90. Embora tenham ocorrido alterações em alguns dispositivos relativos à repressão das condutas anticoncorrenciais, se comparadas às duas leis, pode-se afirmar que a LDC preservou o cerne já existente na Lei 8.884/90 no que diz respeito à repressão de condutas. Os tipos de ilícito por objeto e por efeito já existiam na lei anterior, nos mesmos termos da atual lei de defesa da concorrência. Para mais detalhes, cf. CORDOVIL et al., 2011.

¹⁶⁰ O processo administrativo também avaliou o programa “Festeja”, que se relacionava a eventuais práticas de preços predatórios, razão pela qual tal programa deixou de ser abordado neste trabalho

¹⁶¹ De acordo com a Schincariol, todas essas ações da Ambev seriam uma resposta ao lançamento bem-sucedido de uma nova cerveja da Schincariol, a Nova Schin.

¹⁶² Tal percentual representava cerca de 350 milhões de reais. A Ambev questionou judicialmente a decisão do Cade, e, em um acordo judicial com o Cade, datado de 2015, o valor da multa foi estabelecido em 229 milhões de reais.

Tendo em vista que muito já se escreveu sobre esse processo e que apenas o “Tô Contigo” se relaciona ao objeto de trabalho do presente estudo, nossa análise se limitará à análise do Programa.

a) A denúncia da Schincariol

De acordo com a denúncia, o “Tô Contigo”¹⁶³ era um programa de fidelidade que oferecia vantagens desproporcionais para os pontos de venda (bares, restaurantes e mercearias) (PDV ou PDVs) que eram criteriosamente escolhidos pela Ambev, tendo por base a importância e o volume de vendas de PDV, sendo todos eles multimarcas.

A sistemática do programa consistia em conceder 1 ponto ao PDV aderente a cada caixa de 24 unidades de cervejas de 600 ml adquiridas da Ambev. Esses pontos poderiam ser trocados por prêmios constantes do catálogo do Programa, que variavam desde calculadoras até motocicletas:



Figura 6: Prêmios oferecidos pelo Tô Contigo.

Fonte: autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10

¹⁶³ Para o caso específico do Tô Contigo e tendo em vista que a pontuação ofertada considerava sobretudo a aquisição de cerveja para venda a frio e consumo no próprio estabelecimento, o Cade adotou como mercado relevante os canais de bar e tradicional (estabelecimentos em que há consumo local da cerveja e a presença de vendedor, como padarias, mercearias, adegas etc.). Sob a perspectiva geográfica, o mercado relevante foi definido como local, incluídos bairros e entornos dos PDVs.

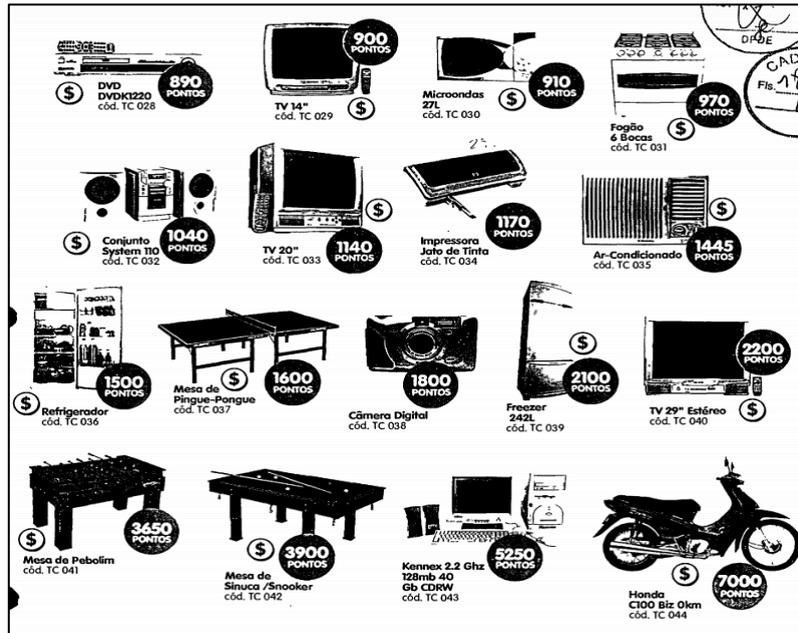


Figura 7: Prêmios oferecidos pelo Tô Contigo.

Fonte: autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

Ainda segundo a Schincariol, além dos prêmios trocados com o acúmulo dos pontos, com a adesão ao Programa, o PDV também receberia gratuitamente dezenas de caixas de cervejas, descontos na compra dos produtos junto à Ambev, além de material de “enxoval” como mesas, cadeiras, gôndolas, recipientes para armazenar cervejas, luminosos etc., no intuito de repaginar os estabelecimentos, conforme demonstrava o material do Programa:

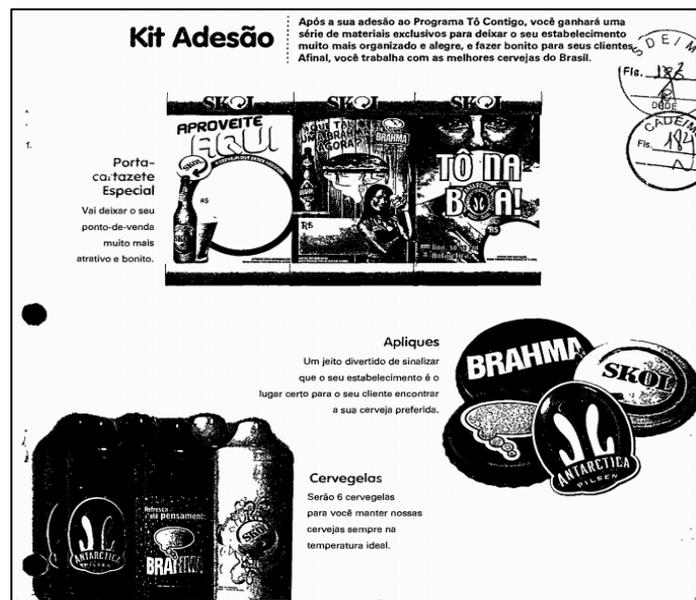


Figura 8: Kit de Adesão do Tô Contigo.

Fonte: autos do Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

A contrapartida do PDV à participação no Programa seria o comprometimento em vender e fazer propaganda exclusivamente das cervejas das marcas da Ambev. Tais contrapartidas estariam formalizadas nos chamados “Termos de Compromisso” apresentados aos autos.

De acordo com a denúncia, a implementação do Tô Contigo resultaria em um aumento artificial de participação de mercado da Ambev. Além disso, o estabelecimento da exclusividade, o prazo do termo, de dois anos, as multas rescisórias para sair do Programa (de 20% do total do benefício concedido) e o medo de retaliação aos PDVs, representariam barreiras artificiais à entrada e ao desenvolvimento dos concorrentes da Ambev no mercado de cervejas¹⁶⁴, impedindo-os de acessarem os PDVs para escoarem seus produtos, e em última instância prejudicariam os consumidores por retirar-lhes uma opção de escolha, configurando em abuso de posição dominante¹⁶⁵ e uma prática ilícita do ponto de vista do direito concorrencial.

Diante do narrado acima, a Schincariol pleiteou junto ao Cade que fosse determinada a imediata cessação do Programa, bem como qualquer efeito decorrente da exclusividade, a imposição de multa à Ambev e a publicação da decisão em jornal de grande circulação.

b) A defesa da Ambev

Inicialmente, a defesa da Ambev se preocupou em demonstrar que a empresa havia perdido participação de mercado nos anos anteriores à representação, mesmo na vigência do Programa, e, ao contrário do que a Schincariol tentava transmitir na denúncia, a representante teve aumento em sua participação de mercado, que teria alcançado mais de 17% naquele momento. Dessa forma, seria inverossímil falar sobre a existência de barreiras à entrada ou ao desenvolvimento de concorrentes no mercado.

Na sequência, a Ambev argumentou que não teria havido qualquer conduta anticoncorrencial de sua parte, e que o Tô Contigo seria, além de lícito, pró-competitivo. Nesse contexto, a representada apresentou sob sua perspectiva e detalhadamente o funcionamento do Programa, conforme termos abaixo descritos.

Segundo a Ambev, o Programa teria como objetivo diferenciar o serviço da Ambev ao PDV como o melhor dentre os fornecedores do varejo, aumentando o nível de satisfação de seus clientes, transformando esse serviço em um diferencial em sua política comercial. Assim, o Tô Contigo não

¹⁶⁴ Segundo a denúncia, reforçaria esse argumento o fato de que a Ambev era detentora das marcas líderes de cerveja, de forma que não seria razoável supor que os PDVs deixariam de comercializar as cervejas da Ambev para vender a dos concorrentes. A lógica seria, do contrário, tirar o máximo de proveito daquela situação através fruição dos descontos e dos prêmios ofertados.

¹⁶⁵ De acordo com a Schincariol, fundamentada em dados da AC Nielsen, reportagens e índices diversos, era notória a posição dominante da Ambev.

guardava qualquer relação com o lançamento de uma nova marca de cerveja da Schincariol, a Nova Schin, como alegado na denúncia.

O Programa consistiria em oferecer ao participante a possibilidade de pontuar a cada caixa de cerveja adquirida junto à Ambev, sendo que uma caixa de 24 unidades de cerveja de 600 ml equivaleria a 1 ponto, que poderia ser trocado por prêmios. Os PDVs estariam limitados ao acúmulo máximo de 500 pontos por mês.

De acordo com a Ambev, não havia metas de volumes mínimos e a pontuação seria linear, isto é, “o ponto de venda não precisa atingir determinadas quantidades para pontuar e, proporcionalmente, o ponto de venda que adquire mais caixas/mês pontua da mesma forma que aquele que adquire apenas uma caixa”.¹⁶⁶

Adicionalmente às premiações, o Tô Contigo também oferecia oportunidades de desenvolvimento comercial aos PDVs, na medida em que conferia aos participantes o direito de obter descontos em assinatura de canais esportivos e outras vantagens junto ao portal de compras Magazine Luiza, como o prazo de pagamento de 60 dias, frete gratuito e produtos promocionais.

A Ambev argumentou que não existia qualquer tipo de exclusividade para participar do Programa, fato esse que poderia ser verificado, inclusive, no regulamento do Tô Contigo. Para reforçar esse ponto, a Ambev apresentou notas fiscais de PDVs aderentes ao Programa em que era possível verificar a comercialização de produtos de concorrentes da Ambev.

Conforme afirmou a Ambev, os tais “Termos de Compromisso” apresentados na denúncia se referiam a contratos de exclusividade celebrados pela Ambev com alguns PDVs que não guardavam qualquer relação com o Tô Contigo. Da mesma forma, as bonificações e os investimentos que constavam em tais documentos não se confundiam com o Programa.

Além disso, a Ambev argumentou que o Programa abrangeria cerca de 12% dos PDVs. Dessa forma, mesmo na hipótese de se considerar que o Tô Contigo gerasse alguns efeitos anticoncorrenciais, a hipótese de fechamento de mercado seria completamente descabida, visto a cobertura baixíssima do Programa frente o número de PDVs do mercado.

A Ambev também pontuou que não haveria um tempo de permanência mínima no Programa, e que o PDV ainda poderia trocar os pontos a qualquer momento, mesmo após ter deixado de participar do Tô Contigo. O desligamento do PDV do Programa, segundo a Ambev, também não caracterizaria qualquer tipo de discriminação ao PDV, de forma que a representada continuaria a fornecer-lhe a cerveja pelo mesmo preço e condições ofertadas anteriormente. Assim, não existiria

¹⁶⁶ Vide Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009.

qualquer retaliação ao PDV que deixasse o Programa, de acordo com a Ambev; inclusive, o PDV era livre para se filiar a qualquer programa semelhante estruturado por seus concorrentes.

A representada também afirmou que o Programa não era capaz de gerar dependência substancial dos PDVs para com ela. Isso porque os prêmios oferecidos pelo Tô Contigo, em geral, apenas poderiam complementar a estrutura não essencial do estabelecimento participante e nem sempre seriam úteis ao PDV, de forma que o PDV não era dependente dos prêmios para que o estabelecimento funcionasse. Nesse sentido, não eram ofertados cervejas ou refrigeradores, por exemplo, não havendo que se falar no efeito *lock-in*.¹⁶⁷

A Ambev também argumentou que qualquer discussão sobre o significado dos prêmios do Tô Contigo como geradores indiretos de descontos nos produtos adquiridos pelos PDVs seria irrelevante da perspectiva do direito da concorrência. Isso pois os “descontos” do Tô Contigo seriam irrisórios, não podendo ser considerados um incentivo suficiente para que os PDVs deixassem de adquirir produtos dos concorrentes.

Por fim, e considerando as razões acima descritas, a Ambev afirmou que o Tô Contigo não seria anticoncorrencial e que, pelo contrário, seria pró-competitivo na medida em que, após o lançamento, outras empresas concorrentes estruturaram programas semelhantes, fomentando assim uma reação positiva e pró-mercado dos concorrentes.

Frente à argumentação amplamente divergente das partes, à gravidade da infração relatada, à dificuldade em elucidar os fatos e, principalmente, com o objetivo de esclarecer os requisitos para participar dos programas de fidelização objeto da investigação, em 22 de março de 2005, o Cade determinou que fosse feita uma inspeção¹⁶⁸ na sede da Ambev. Naquela ocasião foram realizadas cópias de inúmeros documentos físicos e arquivos digitais da empresa.

Além disso, em complemento à instrução, o Cade também encomendou uma pesquisa do Instituto Ibope (Ibope)¹⁶⁹ junto aos PDVs, bem como seus próprios agentes também realizaram uma pesquisa de campo.

Além de questionarem quais as marcas de cerveja comercializadas nos PDVs, tanto a pesquisa do Ibope quanto a do Cade também perguntaram se:

- (i) os entrevistados tinham conhecimento sobre o programa Tô Contigo;

¹⁶⁷ O efeito *lock-in* ocorre quando o custo para se trocar de fornecedor é muito alto, de forma que a empresa fica “presa” ao fornecedor atual.

¹⁶⁸ O instituto da Inspeção constava do art. 35 da Lei nº 8.884/94, e atualmente está disposto no art.13, VI, c, da LDC. Ele possibilita ao Cade autoridade de inspecionar estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, extraindo cópia do que for necessário para auxiliar na investigação.

¹⁶⁹ A pesquisa do Ibope foi realizada em São Paulo, capital, em 180 estabelecimentos.

- (ii) o estabelecimento em questão era participante do Programa, e, em caso positivo, há quanto tempo;
- (iii) era do conhecimento do entrevistado se o Tô Contigo exigiria exclusividade;
- (iv) o Programa estabeleceria algum limite de compra de cervejas de concorrentes da Ambev; e
- (v) vender marcas de concorrentes da Ambev criaria dificuldades na renovação da adesão ao Programa etc.

As respostas a esses questionamentos não foram unânimes. Havia respostas em todos os sentidos, ficando clara a considerável divergência entre as respostas dos PDVs. Essa instrução complementar proposta pelo Cade foi fundamental para dar subsídios à decisão do caso, conforme é descrito abaixo.

c) A decisão do Cade

A relatoria do caso no Cade coube ao ex-conselheiro Fernando Furlan. É interessante notar que, no primeiro item da ementa do voto, há a informação de que se tratava de “Processo Administrativo para apurar a ocorrência de **efeitos anticoncorrenciais** decorrentes da fidelização de clientes por meio do Programa ‘Tô Contigo’”.¹⁷⁰ Tal observação levava a crer que o Cade realizaria uma detalhada análise de efeitos da prática da Ambev.

Após a definição do mercado relevante, o voto passou a analisar as características do mercado em questão. Nessa etapa foram avaliadas as barreiras à entrada, a estrutura de concorrência e rivalidade, o poder de mercado da Ambev e a importância do canal de distribuição.

Em relação às barreiras à entrada, reproduzindo um entendimento já sedimentado em ACs, o Cade entendeu que as principais barreiras à entrada no mercado de cerveja eram a construção de uma marca forte somada a um sistema robusto de distribuição de produtos. Nesse sentido, eventual gasto expressivo em propagandas para a construção de uma marca poderia ser neutralizado ou desacelerado com o fechamento dos canais de distribuição, ou parte dele. De nada adiantaria construir uma marca se o produto não chegasse para ser consumido pelo público.¹⁷¹

De acordo com o Cade, a concorrência e a rivalidade seriam caracterizadas pela competição por preços em produtos diferenciados. Assim, a escolha do consumidor basearia-se no preço somado à percepção de imagem, gosto e publicidade que teria de cada cerveja. Nesse cenário, o investimento em publicidade seria fundamental para competir no mercado.

¹⁷⁰ Vide Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

¹⁷¹ Idem nota anterior.

Sobre o poder de mercado, levando em conta os dados agregados da AC Nielsen, o Cade considerou que a Ambev tinha cerca de 69,3% do volume do mercado geral. Caso fossem considerados apenas os mercados relevantes dos canais tradicional e bares, a participação de mercado seria ainda maior. Reforçariam essa posição dominante a dimensão econômica e o extenso portfólio da Ambev.

Acerca da relevância do canal de distribuição, o Cade afirmou que os contatos dos distribuidores com os PDVs eram breves, mas constantes, ocasião em que se estabelecia uma relação de confiança. Esse vínculo permitia aos distribuidores coletar diversas informações relativas aos PDVs. Tal estrutura possibilitava, inclusive, a elaboração de uma política de preços sensivelmente personalizada e diferenciada entre os PDVs.

Feitas as considerações iniciais acerca da estrutura do mercado relevante, o Cade analisou o Programa em si.

Preliminarmente, o Cade verificou que, do ponto de vista estritamente formal, o Tô Contigo:

Características do Tô Contigo – Ponto de Vista Formal	
Era transparente	Não estabelecia restrição formal para o PDV participar em programa similar de concorrentes da Ambev
Não exigia exclusividade	Não exigia permanência mínima no Programa
Não existia coação para dar preferência aos produtos da Ambev	Não estabelecia diferenças de benefícios entre os participantes do Programa
Não haveria imposição de produtos ou de marcas	Não estabelecia a dependência ou complementaridade específica entre os prêmios ofertados pelo programa e os negócios do PDV
Foi oferecido a cerca de 10 a 12% dos PDVs	Não vinculava os prêmios à performance passada, ou seja, não havia a comparação com volumes adquiridos anteriormente
Não vinculava metas mínimas de volume	Não exigia permanência mínima no Programa
Não estabelecia mecanismos formais explícitos de indução à exclusividade, pois não eram concedidos descontos na aquisição de cervejas ou outros produtos da Ambev	Não estabelecia diferenças de benefícios entre os participantes do Programa
Não vinculava os prêmios à performance passada, ou seja, não havia a comparação com volumes adquiridos anteriormente	Não estabelecia a dependência ou complementaridade específica entre os prêmios ofertados pelo programa e os negócios do PDV
Não estabelecia desvantagens em termos de preço, prazo de entrega ou desconto nos produtos para os PDVs participantes do Programa e aqueles que não participavam	

Quadro 6: Características formais do Tô Contigo.

Fonte: elaboração própria, com base nas informações dos autos.

Caso essa fosse, de fato, a estruturação do Tô Contigo, o Cade afirmou que não haveria qualquer problema de ordem concorrencial. No entanto, na prática, o Programa tinha aspectos centrais muito diferentes daqueles narrados pela Ambev e indicados na tabela acima, como será visto a seguir:

- Exclusividade e volume mínimo para aderir ao Programa

De acordo com o Cade, os depoimentos dos representantes dos PDVs, a pesquisa Ibope e os documentos eletrônicos copiados na sede da Ambev corroboravam e confirmavam que a exclusividade de vendas das marcas de cerveja da Ambev seria de fato um dos requisitos possíveis para que o PDV participasse do Programa. Além disso, segundo o Cade, também foram encontrados nos documentos estratégias da Ambev para ocultar e esconder a exigência da contrapartida de exclusividade no Programa, havendo até mesmo anotações que demonstravam preocupações concorrenciais com o Programa. Ainda de acordo com o Cade, os documentos copiados da Ambev demonstravam que havia volume mínimo para aderir ao Programa, que começava em pelo menos três caixas de cerveja por mês.

- Dos benefícios para os PDVs

Segundo o Cade, os documentos copiados demonstrariam que os benefícios oferecidos pelo Programa eram mais do que apenas os prêmios constantes nos catálogos, consistindo também em descontos nos preços das cervejas ofertadas pela Ambev. Esses descontos eram previstos tanto para incentivar o PDV a aderir ao Programa quanto para nele se manter.

- Da extensão do Programa, da evolução das adesões, da fiscalização e da exigência de volume mínimo para a renovação da adesão ao Programa

Segundo o Cade, os documentos da Ambev revelariam que a representada fazia constantes fiscalizações com o objetivo de monitorar as adesões e o cumprimento das condições para que o PDV participasse do Tô Contigo. Nesse contexto, eram realizadas visitas mensais aos PDVs participantes do Programa e, caso verificada a presença de cervejas de concorrentes, tais estabelecimentos receberiam “orientações específicas”.

Ainda de acordo com o Cade, dados da própria Ambev mostrariam um crescimento vertiginoso nas adesões dos PDVs ao Programa, especialmente no período imediatamente após o lançamento da Nova Schin.

Conforme mostrariam os documentos da Ambev, para os PDVs “não parceiros”, isto é, aqueles que comercializavam um elevado percentual de marcas de cerveja de concorrentes, seria imposta uma retaliação implícita. Para que o PDV fosse considerado “parceiro”, ele deveria ter no estoque pelo menos 90% de cervejas das marcas Ambev. Caso contrário, no momento da renovação da adesão daqueles PDVs ao Programa, seriam apresentadas justificativas diversas no intuito de não lhes estender a participação no Tô Contigo, ocasião em que o PDV perderia todos os benefícios do Programa, incluindo os descontos na aquisição das cervejas.

- Seletividade dos PDVs participantes do Programa

Segundo consta no voto, os documentos da Ambev comprovariam que a representada selecionava criteriosamente os PDVs que poderiam participar do Programa. Era claro que aqueles PDVs sem potencial de vendas ou inadimplentes não seriam o público-alvo do Programa, de forma que esses estabelecimentos ficariam “disponíveis” para os concorrentes da Ambev. Isto significa que a Ambev “deixava à disposição” de seus concorrentes clientes com baixo potencial comercial e elevado risco de crédito.

Além disso, o Cade concluiu que o Programa oferecia aos participantes prêmios constantes do próprio catálogo do Tô Contigo, assim como o enxoval para remodelagem do estabelecimento. Adicionalmente entendeu que de forma não sistemática e desigual entre os aderentes ao Programa, a Ambev concedia descontos na compra de cervejas.

Em contrapartida, e de forma não sistemática, a Ambev exigia exclusividade nas vendas ou limite à compra de cervejas produzidas por terceiros. Nesse contexto, o Cade entendeu que a conduta anticoncorrencial existiu.

Uma vez constatada a existência da conduta, o Cade fez uma breve análise teórica sobre os efeitos da exclusividade em mercado no qual as economias de escala representariam elevada barreira à entrada e ao desenvolvimento de concorrentes. De acordo com o exposto no voto:

Se houver mais de um comprador e o entrante possuir economias de escala, a entrada só ocorrerá se um número suficiente de compradores não assinarem contratos de exclusividade pois quando um comprador assina um contrato de exclusividade com um vendedor com elevado poder de mercado, ele gera uma externalidade negativa sobre todos os demais compradores, que são induzidos a assinar o contrato. Consequentemente, o vendedor só precisa oferecer compensações a alguns compradores específicos, já que o restante irá aderir ao programa de exclusividade por esperar que todos o façam.

Dessa forma, o Cade concluiu que a exclusividade, ainda que contratada com parte do mercado à jusante (PDVs, no caso em questão), poderia criar ou elevar barreiras à entrada ou ao desenvolvimento de concorrente. Nesse contexto, o Cade passou a analisar a detenção de poder de mercado da Ambev bem como os efeitos concorrenciais decorrentes do Tô Contigo.

- Do poder de mercado da Ambev e da incapacidade dos rivais de competir por lote

Tendo por base os dados da AC Nielsen e de uma Pesquisa do Instituto Ibope de 2006, o Cade constatou que a Ambev detinha cerca de 69% de participação de mercado, sendo sua penetração bastante elevada nos PDVs. Segundo o voto, àquela altura, três das principais marcas de cerveja da Ambev poderiam ser encontradas em 79% dos estabelecimentos pesquisados pelo Ibope. De acordo com o Cade, através do Programa, a Ambev conseguiria induzir os PDVs a não ofertarem marcas de

cervejas de outras empresas, de forma que nenhuma dessas marcas alternativas conseguia sequer ter 50% de penetração nos estabelecimentos pesquisados. Frente a esses dados, o Cade concluiu que a Ambev detinha posição dominante.

- Da não linearidade

Segundo o voto, a linearidade de preços ocorre quando:

(...) em uma relação entre dois agentes, na qual um compra e outro vende, o pagamento total é proporcional ao número de unidades envolvidas na transação, ou seja, se o comprador adquirir uma ou cem unidades o preço unitário será o mesmo. A não linearidade de preços ocorre quando o custo unitário pago pelo comprador decresce com o número de unidades adquiridas do vendedor.¹⁷²

Considerando que os descontos praticados pela Ambev para os PDVs não eram diretamente relacionados ao volume de unidades adquiridas pelos estabelecimentos, mas guardava relação com a maior ou menor resistência do PDVs à exclusividade, o Cade considerou que os descontos ofertados pela Ambev eram não lineares.¹⁷³

Assim, para obter a dimensão da não linearidade em razão da exclusividade, o Cade fez um exercício matemático e concluiu que os concorrentes da Ambev deveriam ofertar um desconto de 7,9% para se manterem como uma alternativa atrativa em relação à Ambev. Nesse contexto, ainda que o preço efetivo estivesse acima do custo médio total da Ambev, essa situação poderia impedir ou eliminar concorrentes do mercado. Nesse ponto, o voto cita as Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE:

Neste sentido, seguindo o raciocínio do Paper DG-COMP, mesmo que o preço efetivo das cervejas adicionais compradas pelo PDV, como exigência do programa, esteja acima do custo médio total, pode haver a possibilidade de fechamento do PDV e de criação de barreiras, caso haja certas vantagens não replicáveis ou se o sistema de descontos puder excluir entrantes que poderiam ajudar a melhorar a situação competitiva no mercado. Nesta situação, Ambev teria em poder pedir ou eliminar concorrentes usando, descontos enquanto que o preço efetivo continuava acima de seu CMP. Esse desequilíbrio é tanto maior quanto maior for a assimetria de porte das empresas envolvidas, precisa que a situação do mercado de cervejas no país. Tais vantagens não replicáveis são claras quando se observa o portfólio de marcas e a rede de distribuição da Ambev.

Dessa forma, um entrante deveria ofertar aos PDVs, além do desconto de 7,9%, todas as vantagens perdidas com a saída do Programa, como benefícios de freezer, treinamentos específicos, enxoval oferecido e os prêmios do Tô Contigo.

¹⁷² Vide Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, julgado em 22 de julho de 2009. Fls. 4963.

¹⁷³ Vide item d abaixo com a crítica ao tratamento deste tema no voto do conselheiro relator.

Uma vez descritos os efeitos negativos do Programa e o poder de mercado, o voto analisou os efeitos positivos do Tô Contigo, de acordo com o exposto na sequência.

- Efeitos positivos do Programa

Segundo o voto, não foi possível identificar qualquer eficiência advinda do Programa. Como haveria uma grande diferenciação dos produtos no mercado, a exclusividade não era apta a gerar efeitos no sentido de evitar que concorrentes se beneficiassem da propaganda das cervejas da Ambev, ou ainda, do treinamento às equipes de venda e até mesmo assistência pós-venda.¹⁷⁴

Igualmente, a exclusividade também não contribuía em nada para proteger os investimentos da Ambev nos PDVs. Estes não precisavam receber qualquer investimento específico da Ambev para que pudessem oferecer as cervejas da representada, de forma que não haveria qualquer risco relacionado à perda com investimentos específicos.

A proteção da reputação também não era tutelada pela exclusividade. Em nada impactaria a reputação da Ambev se um PDVs ofertasse produtos concorrentes com aqueles por ela fabricados.

Diante dessas constatações, o Cade concluiu que o Tô Contigo não gerava redução de custos de transação, ou proteção à reputação da Ambev ou a eventuais investimentos realizados em ativos específicos. Além disso, frisou que a própria Ambev não teria trazido aos autos qualquer comprovação de eventuais eficiências relativas às condutas da representada.

Sobre o argumento da Ambev de que o alcance do Programa não seria expressivo, o Cade afirmou que tal alegação não deveria prosperar pois os PDVs escolhidos para participar do Programa seriam estrategicamente selecionados, por meio de critérios obscuros.

Em relação à alegação de que os concorrentes da Ambev teriam aumentado a participação de mercado durante a existência do Programa e que esse fato seria a prova de que não houve fechamento de mercado ou aumento de barreiras ao desenvolvimento, o Cade se limitou a argumentar que seria sempre possível afirmar que tais participações de mercado poderiam ter crescido mais acentuadamente na ausência do Programa.

Diante de todos os argumentos acima, o Cade concluiu estarem presentes no caso as condições propícias para que as empresas utilizassem contratos de exclusividade baseados em esquemas de desconto como forma de exclusão, impedindo a entrada ou a limitação do acesso de rivais mais eficientes. Nesse contexto, a Ambev foi condenada em decisão de 22 de julho de 2009.

¹⁷⁴ Tal prática é conhecida como “efeito carona” ou “*free rider*”. Para mais detalhes, vide item VII.1.

d) Conclusão

Pode-se dizer que entre os poucos casos em que o Cade já analisou política de descontos, o caso da Ambev é paradigmático por ter sido aquele em que houve a mais detalhada análise de descontos à luz das leis brasileiras de direito da concorrência.

Como já destacado, o voto do conselheiro relator em diversas oportunidades afirma que aquele processo tinha por objetivo analisar os efeitos concorrenciais das condutas questionadas. Nesse contexto, inclusive, faz diversas referências às Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE e da própria Resolução 20/1999. Contudo, isso não significa que efetivamente foi realizado um exame profundo dos efeitos da conduta investigada, tampouco seguida detalhadamente a metodologia proposta na Resolução 20/1999.

Inicialmente, vale destacar que em termos estruturais, e, com a devida vênia, a análise do Cade, consubstanciada no voto, é confusa. As etapas um a três definidas na Resolução 20/1999 não são apresentadas seguindo uma estrutura claramente perceptível. Desde o momento da definição da conduta, assim como na análise estrutural do mercado relevante, são feitas inserções de trechos no voto relativas aos efeitos das condutas investigadas.

Tal desarranjo se repete também, com a devida vênia, na análise de mérito do voto. Veja por exemplo que voto do conselheiro relator trata do tema da linearidade dos descontos em algumas ocasiões de forma distintas.

Inicialmente o voto identifica o desconto linear como na situação em que o comprador adquire uma ou 100 unidades do produto pelo mesmo preço. Neste sentido, a não linearidade ocorreria quando o custo unitário pago pelo comprador decrescesse com o número de unidades adquiridas do vendedor¹⁷⁵. Mais adiante, o voto traz um conceito totalmente contrário do primeiro, segundo o qual a linearidade ocorreria exatamente quando o desconto variasse de acordo com o volume de compras dos clientes, uma vez que refletiria a economia com custos de escala, escopo e de transação. Nesta nova percepção, a não linearidade dos descontos se caracterizaria quando o volume a ser adquirido não fosse a peça central do cálculo do desconto, mas sim a penetração que a Ambev teria em determinado ponto de venda. Desta forma, um ponto de venda onde a Ambev detinha alta penetração e comprasse pouco volume de cerveja poderia obter mais descontos e prêmios se comparado a outro ponto de venda onde o volume de compra fosse muito maior que o do primeiro, mas a penetração da Ambev fosse baixa.

Em uma leitura atenta do voto, parece que ao final prevalece esse segundo conceito, o que seria mais lógico do ponto de vista do direito da concorrência.

¹⁷⁵ Vide item 246 do voto do conselheiro relator.

Além disso, muito embora o Cade tenha afirmado no voto que sua decisão estava alinhada às Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, o que se observou, na realidade, foi uma decisão mais formalista. Lembra-se que as Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE sugere que a avaliação dos descontos condicionados deveria passar pelas seguintes etapas:

- A posição dominante do representado;
- As condições do mercado relevante;
- As características dos concorrentes da empresa dominante;
- As características dos clientes ou fornecedores de meios de produção;
- A amplitude do alegado comportamento abusivo;
- Eventuais provas de fechamento efetivo do mercado; e
- Provas diretas de qualquer estratégia de exclusão.

Em relação à posição dominante, às condições do mercado relevante, bem como às características dos clientes, e ainda, considerando os termos das Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE, entende-se que o voto fez uma análise suficiente e adequada.

Apesar disso, é evidente que o Cade não fez qualquer análise detalhada sobre os concorrentes da Ambev no mercado, embora tenha sido instigado pela Ambev a fazê-lo. Não houve análise, por exemplo, do porte econômico dos concorrentes da Ambev, de seus investimentos sistemáticos em *marketing*, de suas respectivas capacidades de reagirem ao Programa, da efetividade do lançamento de programas para se contraporem ao Tô Contigo, do histórico de participação de mercado daquelas empresas etc. O Cade apenas se limitou a fazer referência à penetração das cervejas dos concorrentes da Ambev nos PDVs objeto de pesquisa do Ibope e a fazer referências puramente teóricas às Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE.

Tampouco foi avaliada a amplitude do comportamento da Ambev. Como se viu, a representada argumentou que apenas 12% dos PDVs eram participantes do Tô Contigo. Isso significa que se tal dado fosse verdadeiro, mesmo considerando a ilicitude do Programa, não era possível afirmar que dele decorreria qualquer fechamento de mercado, uma vez que o Tô Contigo era aplicável a parcela mínima dos PDVs. Tal argumento não foi sequer analisado na decisão do Cade, que se limitou a afirmar que a Ambev selecionava PDVs estratégicos, através de critérios obscuros.

Por fim, o Cade também não apresentou provas de efetivo fechamento de mercado decorrente das condutas da Ambev. Em relação ao argumento da Ambev de que seus concorrentes estariam obtendo sucesso com a entrada e expansão de participação de mercado, o Cade se restringiu a afirmar que sempre seria possível argumentar que o crescimento de tais empresas poderia ter sido maior na ausência do Programa, sem apresentar qualquer dado que desse suporte a essa afirmativa.

Em face de todo o exposto, muito embora o Cade tenha proclamado seguir o estado da arte europeu no que diz respeito a uma análise de efeitos no caso Tô Contigo, um exame mais detalhado do voto revela nitidamente que, na realidade, o julgamento do caso pelo Cade¹⁷⁶ se aproximou muito mais de uma análise formalista e teórica, do que uma análise de efeitos propriamente dita, muito menos seguindo os termos das Orientações de Aplicação do Art. 102 do TFUE.

VII.4. OUTROS CASOS

Para fins de completude, nossa pesquisa localizou pelo menos um caso¹⁷⁷ em que o tema do desconto condicional foi objeto central de processo julgado pelo Cade.¹⁷⁸ Trata-se do processo administrativo nº 08000000128/1995-98, instaurado a partir de denúncia apresentada pela Folha de S.Paulo, em 20 de março de 1992, contra o Estado de S. Paulo. De acordo com os fatos descritos na representação, o Estado de S. Paulo estaria concedendo descontos aos anunciantes que se comprometessem a veicular suas propagandas exclusivamente no seu jornal. Tais descontos estariam causando fechamento de mercado e desvirtuando a concorrência.

Muito embora esse processo contenha pareceres de juristas renomados,¹⁷⁹ a análise geral do processo sobre a estrutura dos descontos é muito superficial, traz conceitos jurídicos empregados de maneira hoje entendida como inapropriada – como *dumping* para se referir a preço predatório e concorrência desleal para se referir a um ilícito concorrencial, por exemplo – de forma que tal processo em nada contribuir para este estudo. Razão pela qual ele não é apresentado em detalhe.

Além disso, pode-se dizer que o processo administrativo nº 08012.001182/1998-31¹⁸⁰ teve o desconto por volume como um de seus focos na denúncia apresentada. Todavia, ao longo da instrução processual e por se tratar de um desconto sem qualquer condicionante, o tema perdeu protagonismo, motivo pelo qual ele também não é pormenorizado.

¹⁷⁶ Vide nota 162.

¹⁷⁷ Tendo em vista a constatação de que a Folha de S.Paulo adotava conduta idêntica àquela denunciada, o Cade instaurou de ofício contra a Folha de S.Paulo o processo administrativo nº 0800016153/95-89. Tal processo foi julgado conjuntamente com o processo administrativo nº 08000000128/1995-98 e, curiosamente, a decisão condenatória foi estendida aos dois jornais.

¹⁷⁸ Por fim, vale mencionar também o processo administrativo nº 08012.003064/2005-5, Representante: Jornal do Brasil S.A., Representada: Infoglobo Comunicações e Participações SA., conhecido como “caso Infoglobo”. Muito embora o tema central lá discutido fosse uma política de descontos, o processo não chegou a ser julgado pelo Cade em razão da celebração de um acordo, motivo pelo qual deixamos de pormenorizar o processo no presente trabalho.

¹⁷⁹ Como o caso, por exemplo, do parecer de autoria do professor Eros Grau.

¹⁸⁰ Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Representada: Microsoft Informática Ltda. Julgado em 18 de fevereiro de 2005.

VII.5. SUGESTÃO DE METODOLOGIA A SER ADOTADA PELO CADE

a) Do panorama atual de análise de condutas unilaterais

De acordo com o exposto no Capítulo 2 e reafirmado pelos termos da Resolução nº 20/1999, todo o escrutínio de condutas no âmbito da legislação brasileira de defesa da concorrência deveria ser realizado como ilícito por efeitos com a aplicação da regra da razão para a verificação dos efeitos líquidos da conduta no caso concreto.

Apesar disso, observa-se que o Cade vem deixando de lado esta análise quando se trata de cartéis e tabelamento de preços, por exemplo (*ilícito per se*). Ela também é relativizada na hipótese de condutas por objeto, na qual há a inversão do ônus da prova e cabe ao acusado demonstrar que sua conduta tem efeito líquido positivo para a concorrência.

No caso das condutas unilaterais especificamente, o padrão tem sido adotar a análise por efeitos sob a regra da razão. Esta opção metodológica tem levado a um índice elevado de arquivamento de processos, como visto acima. Entre as justificativas para o arquivamento dos 44 processos julgados na vigência da nova LDC até dezembro de 2020, envolvendo condutas unilaterais, estão:¹⁸¹

Justificativa para o arquivamento	Número de casos
O fato denunciado ocorreu, e no mérito conclui-se que não haveria indícios suficientes para se concluir que ele gerava efeitos negativos à concorrência	17 ¹⁸²
O fato denunciado não foi comprovado	10
O fato denunciado ocorreu, e no mérito conclui-se que tal fato não gerava efeitos negativos à concorrência	8
O fato denunciado ocorreu, mas a justificativa apresentada pelo representado foi razoável	3
O fato denunciado ocorreu, mas já foi investigado pelo Cade, prevalência do <i>non bis in idem</i>	3 ¹⁸³
O fato denunciado ocorreu, mas não é de competência do Cade	2
Foi reconhecida prescrição	2

Quadro 7: justificativas para o arquivamento de casos.

Fonte: elaboração própria, com base nas informações dos autos.

¹⁸¹ Vide nota 156.

¹⁸² No Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11, o processo foi arquivado por ausência de indícios suficientes para se concluir que a prática gerava efeitos negativos à concorrência em relação à Ciplan; Itautinga; Cimentos do Brasil; Itapicuru; Itapissuma; Ibacip; Itapetinga; Itapessoca; Itaguassu; e Cimento Tupi. Já em relação aos representados InterCement (Camargo Corrêa); Itambé; Cimpor; Holcim; Lafarge; Cimentos Liz (Soecom); Votorantim; e Itabira., o processo foi arquivado considerando o princípio do *non bis in idem*. Diante disso, para os fins da tabela acima, ele foi considerado 2 vezes.

¹⁸³ Vide nota acima.

Graficamente tem-se a seguinte proporção entre as justificativas de arquivamento dos processos administrativos:

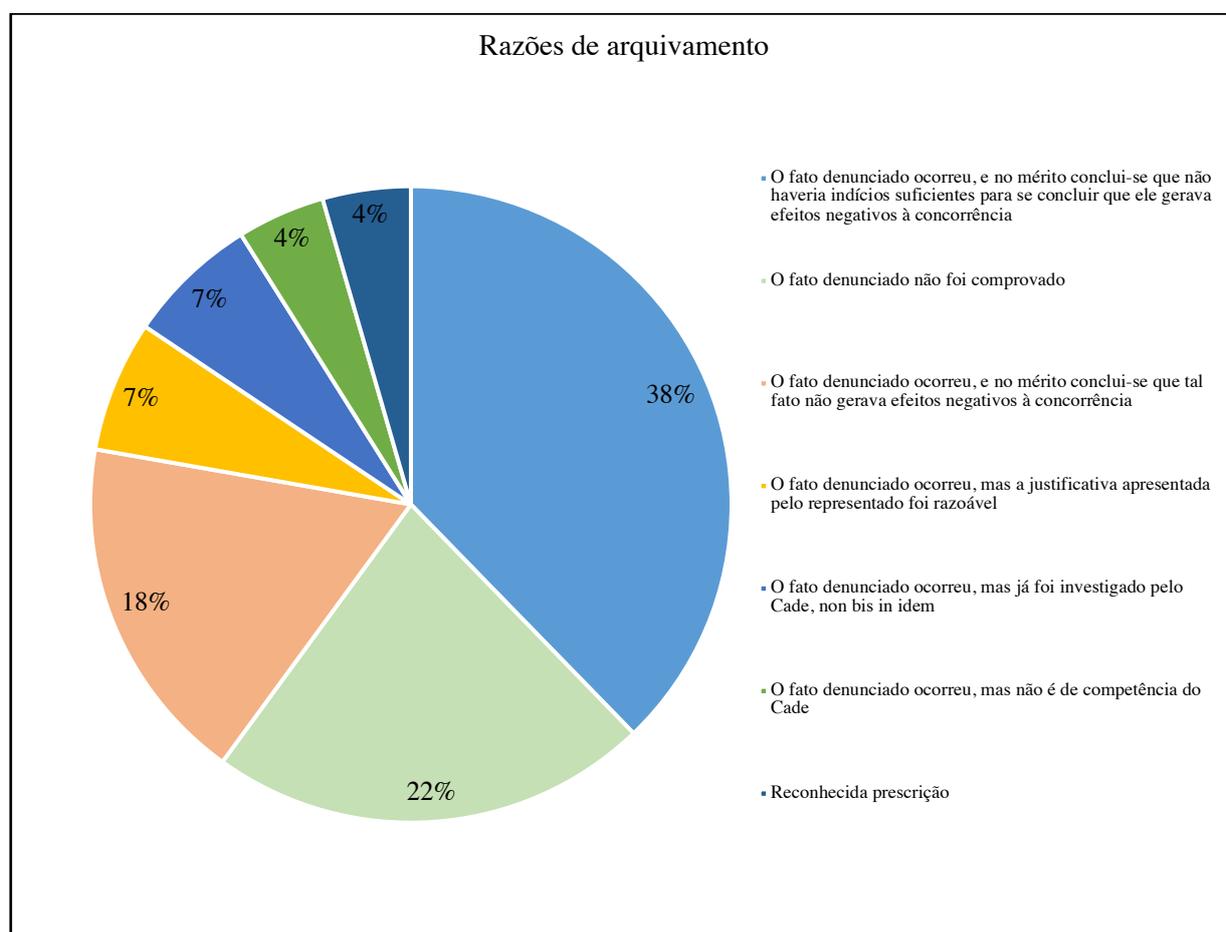


Figura 9: proporção entre as justificativas para o arquivamento de casos.
Fonte: elaboração própria, com base nas informações dos autos.

A adoção de uma metodologia de análise para políticas comerciais de descontos condicionados pelo Cade é também uma escolha de política pública que precede a aplicação das normas jurídicas no caso concreto.

Do ponto de vista da autoridade antitruste, acredita-se que essa análise deve levar em conta o custo-benefício da escolha de uma metodologia ou outra, *vis-à-vis* os resultados esperados. Neste contexto, é fundamental que se faça um diagnóstico dos cenários atuais e possíveis alternativas sob a ótica da Análise Econômica do Direito Concorrencial.

b) A Análise Econômica do Direito Concorrencial

A Análise Econômica do Direito nada mais é do que a aplicação de um ferramental analítico e empírico, típico da Economia, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas

do ordenamento jurídico. Ela busca responder, essencialmente, duas questões centrais: (i) quais as consequências práticas de um dado arcabouço jurídico e (ii) qual a regra deveria ser adotada.¹⁸⁴

Neste contexto, a Análise Econômica do Direito da Concorrência auxilia na ponderação dos custos e benefícios, bem como das consequências práticas de escolhas por determinadas regras do direito da concorrência:

As regras antitruste trazem tanto benefícios potenciais, ao aumentar a concorrência, quanto custos potenciais, ao restringir comportamento ou estruturas de mercado de forma a reduzir a competição, aumentar custos ou reduzir a velocidade de inovação em novos produtos ou processos de produção. Nem os benefícios nem os custos são adequadamente limitados à empresa específica que é o alvo de uma investigação antitruste, mas devem incorporar benefícios e custos realizados por todas as empresas e mercados cujo comportamento e desempenho serão afetados no futuro por regras legais definidas por decisões em casos específicos. Esses benefícios e custos devem ser equilibrados no desenvolvimento de regras legais antitruste sólidas.¹⁸⁵

À adoção de uma metodologia de análise jurídica leva a uma tomada de decisão a qual podem estar associados dois possíveis erros de decisão, os conhecidos erros de tipo 1, falsos negativos, ou erros de tipo II, falsos positivos.¹⁸⁶

A esses dois erros associam-se custos sociais, quais sejam, no erro do tipo 1, poderá haver excesso de rigor, punindo-se aquele que não deveria ser punido. Já no erro do tipo 2, pode-se permitir o que não deveria ser permitido, havendo um excesso de liberdade.

Estes tipos de erros podem estar associados a qualquer tipo de regra ou metodologia a ser escolhida, como pondera Paul L. Joskow:

Essas considerações implicam que qualquer conjunto de regras legais necessariamente levará a 'erros' tanto das variedades do tipo I quanto do tipo II, quando aplicado a casos particulares. Uma regra legal pode falhar em detectar estruturas de mercado, arranjos contratuais ou comportamento da empresa que reduza a eficiência econômica, o bem-estar do consumidor etc. (erro tipo I). Uma regra legal também pode levar à sanção de estruturas de mercado, arranjos contratuais ou comportamento da empresa que aumenta a eficiência econômica, o bem-estar do consumidor etc. (erro do tipo II). Além disso, mesmo quando uma norma legal identifica corretamente atributos estruturais ou comportamentais que levam a perdas de bem-estar social em comparação com algumas configurações estruturais e comportamentais alternativas teóricas, os tribunais podem aplicar remédios que não levam a melhorias de desempenho ou que realmente tornam o desempenho do mercado ainda pior. (...) Assim como a escolha de arranjos de governança para transações privadas requer uma avaliação dos custos e benefícios comparativos de arranjos de governança imperfeitos alternativos, também uma perspectiva de análise de custo de transação implica que o teste de uma boa regra legal não é principalmente se ela leva à decisão correta em um caso particular, mas sim se faz um bom trabalho em deter o comportamento anticompetitivo em toda a

¹⁸⁴ Vide GICO JR, Ivo. "Introdução ao Direito e Economia". In: TIMM, Luciano Benetti. (coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021. pp.17-20.

¹⁸⁵ Idem2.

¹⁸⁶ Vide AZEVEDO, Paulo Furquim de. "Análise Econômica da Defesa da Concorrência". In: TIMM, Luciano Benetti. (coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021. pp.277-296.

economia, dados todos os custos, benefícios e incertezas relevantes associados a diagnósticos e remédios. Embora existam boas razões para desenvolver regras antitruste que sejam claras, objetivas, estáveis e relativamente simples de aplicar, não é fácil atingir essas metas nem podem ser alcançadas sem custos potencialmente significativos.¹⁸⁷

Esses erros podem ser reduzidos ao se aprofundar na investigação da conduta em questão, segundo Furquim:

Como há custos associados aos erros de decisão, é desejável reduzi-los, o que pode ser feito por meio do emprego de mais recursos de investigação, cujos custos diretos incluem os custos administrativos, de litígio e de cumprimento das determinações das autoridades de defesa da concorrência. Quanto mais aprofundada a investigação, menores são os custos associados aos erros de decisão, mas, em contrapartida, maiores são os custos de investigação. A decisão ótima é aquela em que o benefício derivado de um ato adicional de investigação (i.e. a redução de erros do tipo I e II e seus correspondentes custos) equivale ao custo social de se realizar tal ato (i.e. o tempo e os recursos empreendidos na investigação).¹⁸⁸

Isto significa que para reduzir a possibilidade da ocorrência dos erros de tipo I e tipo II, há que detalhar a investigação do fato examinado, que, por seu turno acarreta o aumento de custos de recursos a serem dispendidos com a investigação.

Imerso nessa ótica, e dado o panorama atual da escolha do Cade de analisar as condutas unilaterais pela regra da razão, com uma análise de efeito, é possível fazer algumas constatações. Primeiramente, é de se observar que tal escolha transfere para o denunciante um enorme ônus e custo de provar o fato denunciado e se produzir elementos substanciais não só sobre a existência da prática adotada pelo denunciado, como também dos seus efeitos negativos líquidos para a concorrência.

A análise dos efeitos sobre a concorrência de muitas das condutas unilaterais potencialmente nocivas ao mercado depende de informações e dados que, na grande maioria das vezes, estão em posse do denunciado, sendo de difícil acesso ao denunciante.

É o caso, por exemplo, da exclusividade, em que na prática pode ser difícil para o denunciante provar a sua existência, ou o conhecimento da estrutura de custos do denunciado em casos de preços predatórios, ou os parâmetros e a dinâmica utilizada em políticas de descontos comerciais prejudiciais à concorrência, ou até mesmo as próprias políticas de precificação do representado no caso de discriminação de agentes etc.

Ainda que tal assimetria de informações seja suficientemente superada, para que se possa levar mais efetividade à denuncia, o denunciante em grande parte dos casos deve ser representado por advogados especializados, produzir estudos econômicos, contratar especialistas em determinados

¹⁸⁷ Paul I. Joskow. Massachusetts Institute Of Technology. JLEO, V18 N1, pg. 99. JOSKOW, P. L.. (2002). Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies. *Journal of Law, Economics and Organization*. V. 18, N.1, pp. 95-116.

¹⁸⁸ Vide nota 216.

temas, sendo necessário um grande investimento de tempo das pessoas envolvidas no assunto e de dinheiro. Por outro lado, é de se recordar que, geralmente, o representado é uma empresa com posição dominante no mercado, normalmente com uma pujança econômica muito superior e consolidada em relação ao representante.

Mais da metade dos casos julgados pelo Cade na vigência da LDC e que envolviam condutas unilaterais sequer conseguiram superar estas duas etapas, quais sejam: (i) provar a existência da conduta denunciada e (ii) apresentar indícios suficientes para que se pudesse concluir que a conduta gerava efeitos negativos à concorrência, conforme demonstram as próprias justificativas apresentadas pelo Cade para arquivamento dos processos.

Caso, ainda assim, mais esta etapa seja vencida, há de se considerar o prazo em que o Cade leva para julgar um processo envolvendo conduta unilateral. A análise da jurisprudência examinada mostrou que a média de tempo para se julgar um caso de conduta unilateral à luz da LDC superou os quatro anos.¹⁸⁹ Esta situação decorre de muitos elementos, entre eles, da própria deficiência da quantidade de pessoal técnico do Cade para se dedicar a todo o trabalho demandado.¹⁹⁰ Ou seja, corre-se grande risco de se gastar muito tempo e dinheiro para quiçá ter uma decisão favorável e intempestiva, do ponto de vista empresarial.

A adoção irrestrita deste arcabouço jurídico para as condutas unilaterais somada a fatores estruturais acaba por gerar um incentivo negativo a se realizar denúncias deste tipo de condutas ao Cade. O resultado desta escolha leva ao altíssimo índice de arquivamento dos processos envolvendo condutas unilaterais, favorecendo, muito possivelmente, o erro do tipo II. Assim, incentiva que tais condutas ilícitas praticadas por agentes em posição dominante, em um mercado como o brasileiro já muito concentrado, se perpetuem. Tal opção metodológica somada às deficiências estruturais, inclusive, pode justificar a total ausência de julgados envolvendo políticas de descontos condicionados à luz da LDC.

Uma vez feito esse diagnóstico, e, buscando redistribuir os custos, incentivos e trazer maior efetividade no intuito aumentar a tutela da livre concorrência, propõe-se a metodologia de análise de descontos condicionados abaixo descrita.

¹⁸⁹ Importante destacar ainda que a decisão do Cade pode ser desafiada no Judiciário, o que certamente aumentará em muito o prazo total de análise da conduta denunciada.

¹⁹⁰ Fato esse reconhecido pelo atual presidente do Cade, Sr. Alexandre Barreto, em evento promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos de concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), em 09 de novembro de 2021.

c) Sugestão de metodologia a ser adotada pelo Cade

Sugerir uma metodologia de análise a ser adotada pelo Cade quando tiver de enfrentar temas relacionados as políticas de descontos condicionados abarca inúmeros desafios. É uma tentativa de diminuir o erro do tipo II, ampliando a investigação e condenação da conduta, sem, no entanto, aumentar o custo da própria investigação e muito menos incentivar o erro do tipo I.

Como visto no Capítulo 2, o Cade tem utilizado atualmente três diferentes abordagens para analisar as condutas (anti)concorrenciais: (i) ilícito *per se*, (ii) ilícito por objeto e (iii) ilícito por efeitos.

Conforme destacado no Capítulo 3, a prática de descontos deve ser entendida *a priori* como pró-competitiva. Desta forma, não há que se cogitar tratar as políticas de desconto condicionado à luz do ilícito *per se* tendo em vista o elevadíssimo risco de se aumentar muito o erro do tipo II, gerando um substancial incentivo negativo à adoção de uma prática que é na grande maioria dos casos pró-competitiva.

Assim, é essencial que as políticas de desconto condicionados sejam analisadas à luz da regra da razão e em uma análise de efeitos. Contudo, excepcionalmente, ao nosso ver, e considerando o cenário brasileiro atual de julgamento de condutas unilaterais pelo Cade, bem como a elevada concentração do mercado em termos gerais, e buscando conceder maior eficiência na busca da tutela da livre concorrência, sugere-se que nos casos de descontos condicionados adotados por empresas com posição dominante em que há exclusividade, de fato ou de direito, ou mecanismos que incentivam a exclusividade, tal política de desconto seja entendida, presumivelmente, como ilícita, do ponto de vista concorrencial.

A aplicação desta inversão do ônus de se demonstrar os efeitos da conduta é sugerida especificamente aos esquemas de Descontos por Fidelidade ou indutores de fidelidade, por entender-se que esses são os tipos de políticas de desconto que são mais propensas a gerar prejuízos à concorrência.

Para que se evite criar um incentivo negativo à adoção destas políticas comerciais, tal presunção deve ser relativa e deve possibilitar ao representado comprovar os efeitos líquidos positivos da conduta, assim como qualquer justificativa que entenda razoável para sua adoção.

Esta inversão do ônus de provar os efeitos da conduta funcionaria como um elemento reorganizador do atual cenário. Haveria a diminuição dos custos processuais daquele que denuncia a prática, muito embora ainda fosse incumbido de provar a materialidade da conduta assim como seu caráter de exclusividade.

Do outro lado, o custo com a apresentação das informações e detalhes da política de desconto seria alocado ao representado, agente detentor de posição dominante e que já, em alguma medida, se beneficia, ainda que lícitamente, de sua posição privilegiada decorrente de uma restrição da concorrência.

Neste contexto é importante destacar que a medida proposta encontra fundamento legal claro. O art. 115 da LDC prevê que o Código de Processo Civil (CPC) deve ser aplicado subsidiariamente aos processos administrativos lá previstos.

O art. 357, II, do CPC, por sua vez, dispõe que em decisão fundamentada, de saneamento e organização do processo, o juiz deverá definir a distribuição do ônus da prova, conforme preceitua o art. 373 daquela mesma lei.

Interessante notar que o mencionado dispositivo legal trata da distribuição do ônus da prova, nos seguintes termos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Do reproduzido acima, observa-se que a hipótese trazida pelo art. 373, II, § 1º, se identifica integralmente com a sugestão proposta, possibilitando a inversão do ônus da prova devido à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de o autor cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário por outra parte do processo.

Desta forma, caberia, à Superintendência Geral do Cade, órgão responsável pela instrução do processo, em seu despacho saneador¹⁹¹, e diante das circunstâncias do caso concreto, determinar a inversão do ônus da prova.

¹⁹¹ Para maior referência sobre e o despacho saneador no processo administrativo sancionador do Cade, vide GRINBERG, Mauro. O despacho saneador no processo administrativo sancionador do CADE. Editora WebAdvocacy. N° 1, Brasília. 09 de junho de 2021.

Repisa-se, em hipótese alguma está sendo sugerido que seja abandonada a análise pela regra da razão, do contrário, a presunção de ilicitude apenas inverteria o ônus de se provar os efeitos líquidos da conduta. Esta abordagem pode ainda incentivar às empresas a adotarem políticas com critérios mais claros e diminuir o custo de investigação da conduta pelo próprio Cade.

Uma vez estabelecido esse ponto, são indicadas abaixo as etapas que se entende adequadas a serem seguidas pelo Cade na análise de descontos condicionados. Tais etapas são dependentes entre si, isto é, caso o cumprimento de uma delas chegue a uma conclusão negativa, como por exemplo, não existência da conduta, ou não identificação de poder dominante, as etapas subsequentes restam-se prejudicadas e não há que se falar em ilícito concorrencial.

O passo inicial da análise é verificar, efetivamente, se a conduta existiu. Essa é uma das questões centrais da investigação. Nessa etapa, acredita-se que o Cade deveria tomar uma postura mais proativa na investigação da existência de condutas unilaterais.

Como visto no item VII.5.a, cerca de 23%% dos casos envolvendo condutas unilaterais são arquivados por falta de “indícios suficientes” para se provar o fato denunciado. Diante disso, questiona-se o perceptível tratamento distinto que o Cade concede aos casos de condutas unilaterais e às investigações de cartel.

Explica-se: são relativamente corriqueiras e alardeadas na mídia as diversas operações de busca e apreensão promovidas pelo Cade¹⁹² em investigações de cartéis nos últimos anos.¹⁹³ Tais diligências buscavam encontrar elementos de prova dos fatos narrados, muitas das vezes, em acordos de leniência ou termos de compromisso de cessação de conduta firmados com o Cade.

Também foi amplamente divulgada na mídia a inspeção que o Cade fez na sede da JBS antes de julgar algumas das aquisições feitas pela empresa, em 2013.¹⁹⁴

Fato é que após o caso Tô Contigo, ao que é do nosso melhor conhecimento, o Cade nunca fez qualquer tipo de inspeção ou ainda operação de busca e apreensão para investigar condutas unilaterais.¹⁹⁵ Como visto anteriormente, a inspeção no caso Tô Contigo foi essencial para que o Cade tivesse certeza da existência da conduta e dos detalhes de funcionamento do Programa.

¹⁹² Lembra-se que, tecnicamente, quem defere as operações de busca e apreensão é o Judiciário, e elas são conduzidas por oficiais de justiça, acompanhados por representantes do Cade quando autorizado pelo Judiciário. Apesar disso, tais operações ocorrem em resposta a um pedido do Cade, representado pela Procuradoria Federal, de deferimento de mandado de busca e apreensão.

¹⁹³ Vide, por exemplo <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-realiza-busca-e-apreensao-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-rj>>, <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-realiza-busca-e-apreensao-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes>> e <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-pf-e-mp-sp-realizam-busca-e-apreensao-para-investigar-cartel-no-mercado-de-transporte-rodoviario-de-veiculos-novos>>. Acesso em: 25/07/2021.

¹⁹⁴ Vide <<https://valor.globo.com/agnegocios/coluna/cade-faz-inspecao-em-unidades-da-jbs-antes-de-julgar-aquisicoes.ghtml>>. Acesso em: 25/07/2021.

¹⁹⁵ A análise do guia de *Diligência de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização*, publicado pelo Cade em setembro de 2017, reforça esse ponto. O documento traz orientações gerais sobre as diversas etapas a serem

Entende-se as cautelas adotadas pelo Cade para não realizar inspeções ou deixar de solicitar ao Judiciário o deferimento de diligências desse tipo, mas nos parece que a postura do Cade atualmente é extremamente conservadora, ainda mais se considerarmos que a realidade econômica nacional ainda é a de altas concentrações em diversos mercados essenciais para a economia.

Diante desse cenário, sugere-se que o Cade atue de forma mais proativa na investigação da existência do fato narrado, e que, diante da verossimilhança das alegações apresentadas, promova inspeções e solicite a autorização do Judiciário para operações de busca e apreensão com a frequência que a gravidade do assunto demanda.

Etapa seguinte seria a definição do mercado relevante, da posição dominante do agente e das condições estruturais do mercado. Entendemos que o Cade já atua de forma mais consistente nessas análises. Apesar disso, acreditamos que o Cade deve dispensar maior atenção à análise das características dos concorrentes da empresa investigada. No caso Tô Contigo, por exemplo, apesar de argumentado pela Ambev, o Cade sequer fez qualquer comentário em sua decisão sobre as características dos concorrentes da Ambev, limitando-se a apresentar dados da penetração daqueles agentes econômicos no mercado.

A próxima etapa, sobre os efeitos da prática questionada, é a que mais precisa ser desenvolvida. Entende-se que o exame dos efeitos dos descontos condicionados pela regra da razão levado a cabo pelo Cade não deve incluir o teste de preço-custo como essencial para a análise dos efeitos.

Isso por diversas razões. A primeira delas, e, em linha com o quanto sustentado no caso da Intel, o referido teste preço-custo permite verificar que o concorrente tão eficiente quanto somente está impedido ou não de concorrer no mercado. O resultado negativo do teste não implica necessariamente que o concorrente tão eficiente quanto o agente em posição dominante possa efetivamente concorrer no mercado ou que da conduta investigada não resulte efeitos concorrenciais líquidos negativos.

Além disso, em termos práticos de aplicação, é notória a dificuldade em se obter as informações para proceder tal exercício. Para o representante e para a autoridade antitruste diríamos que é uma tarefa quase impossível. Nesse sentido, inclusive, é relevante a observação do conselheiro do FTC:

Mas ainda há dúvidas sobre se as dificuldades associadas ao cálculo apropriado do teste preço-custo por tornarem esse teste impraticável, prejudicando a previsibilidade, a transparência e a justiça. O professor Hovenkamp escreveu recentemente um artigo criticando o teste Areeda-Turner para preços predatórios, no qual ele argumenta que o teste

percorridas e os objetivos que pretende-se alcançar com a diligência de busca e apreensão, no entanto, as referências são todas relativas à investigação do ilícito de cartel.

pode não ter ajudado tanto a promover a administrabilidade quanto as pessoas esperavam. E isso me sugere que os testes de preço-custo podem não ser necessariamente a panaceia de administrabilidade que pensávamos que eram (...)¹⁹⁶

Ilustra tal dificuldade, por exemplo, o fato de que não se tem conhecimento na vigência da LDC de qualquer caso envolvendo prática predatória que tenha se desenvolvido razoavelmente, exatamente pela falta de elementos a serem considerados em uma análise preço-custo.

Ainda na hipótese excepcional para os casos envolvendo Descontos por Fidelidade ou que geram incentivos à fidelidade seja invertido o ônus da prova dos efeitos líquidos da conduta, e se tenha mais facilidade para obter as informações para se realizar o teste do preço-custo, insistimos que esse não deve ser um caminho a ser trilhado. A um, porque qualquer que seja o resultado do teste ele não significa que a conduta investigada não resulta em efeitos concorrenciais líquidos negativos, a dois, realizar tal teste que produz um resultado de pouca utilidade eleva em muito o custo do processo em razão de benefícios limitadíssimos para a finalidade que se propõe de tutelar a livre concorrência.

Além disso, deve ser avaliado detalhadamente se a conduta é capaz de ocasionar fechamento de mercado, com a criação e/ou elevação de barreiras à entrada e ao desenvolvimento no mercado. Com esse objetivo, no nosso entender, o Cade deve examinar e considerar, em todos os casos envolvendo desconto condicionado:

- A natureza e a racionalidade econômica da política dos descontos;
- A clareza das regras;
- A seletividade do público-alvo;
- A amplitude da prática, a representatividade e a relevância dos clientes afetados;
- A extensão temporal da conduta;
- O patamar de compra exigido;
- A relevância do benefício concedido;
- A capacidade de os concorrentes reagirem à prática; e
- A estrutura de mercado, especialmente, a entrada e o desenvolvimento de concorrentes no mercado nos últimos anos.

Para os casos particulares de descontos por volume, também é importante considerar se a meta definida é padronizada ou personalizada, de acordo com o cliente, e se os descontos são retroativos ou progressivos. Já em relação aos descontos por pacotes ou multiprodutos, deve-se também analisar

¹⁹⁶ Tradução livre. Vide apresentação do conselheiro do FTC no Workshop organizado pelo DOJ e FTC, em 23 de junho de 2014, para discutir as práticas de descontos condicionados. Para mais detalhes, < <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2014/06/conditional-pricing-practices-economic-analysis-legal-policy>>. Acesso em: 27/07/2021.

a posição dominante nos itens constantes do pacote, o custo marginal e os preços de venda, quando possível.

Uma vez realizada essa análise, e caso se conclua pela presença de efeitos negativos líquidos decorrentes da conduta, o último passo é verificar se o representado apresentou alguma justificativa objetiva plausível para adotar a conduta questionada, como por exemplo, se a conduta é a forma menos danosa à coletividade de se cumprir determinada disposição emanada por alguma autoridade pública. Caso tal justificativa não seja entendida como legalmente razoável e aceitável, há que se entender a conduta como ilícito concorrencial.

Caso adotado tais padrões poderia se ter maior segurança jurídica para os administrados e, eventualmente, uma maior eficiência na tutela da livre concorrência.

VIII. Conclusão

Como se viu ao longo deste trabalho, a prática de descontos é naturalmente pró-competitiva, podendo trazer inúmeros benefícios à concorrência e aos consumidores. Apesar disso, em determinadas situações, ela pode gerar prejuízos ao bem-estar social, especialmente quando leva ao fechamento de mercado, através da constituição de barreiras à entrada e ao desenvolvimento de agentes no mercado.

Nesse contexto, a abordagem do tema pelas jurisdições da União Europeia e dos EUA tem se alterado nos últimos anos, sendo objeto de grande debate.

Em relação à União Europeia pode-se dizer que as políticas de descontos condicionados são consideradas pela natureza de ilícitos por efeito, devendo ser verificados caso a caso os efeitos líquidos negativos de cada conduta. No entanto, há uma grande tradição formalista quando se trata de Descontos por Fidelidade. Nesses casos, tais descontos são historicamente considerados sob a ótica de ilícitos por objeto, em que basta a comprovação da autoria e materialidade para que a empresa seja condenada, na ausência da apresentação de justificativas objetivas para a adoção da conduta. Com a publicação das Orientações, percebeu-se uma tentativa de transição dessa análise para uma abordagem mais focada em efeitos, no entanto, essa discussão parece ainda estar mais no âmbito teórico do que prático, como demonstra o julgamento do próprio caso Intel na Comissão Europeia.

Como se viu, nos EUA não há muita discussão sobre a metodologia a ser adotada na análise das políticas de desconto condicionado, que deve ser a regra da razão. A abordagem dos descontos condicionados pela jurisdição norte-americana tradicionalmente considera uma análise semelhante à dos preços predatórios, na qual o teste do preço-custo é determinante. No entanto, o que se verificou foi que, nos últimos anos houve um questionamento sobre a necessidade de se realizar o teste do preço-custo, ou se uma análise dos efeitos negativos da prática no mercado, com o aumento dos custos dos rivais e a criação de barreiras à entrada e/ou ao desenvolvimento de concorrentes, seria suficiente para determinar a licitude ou não da conduta, diante da ausência de uma justificativa razoável para sua adoção. Tal debate ainda persiste e não há unanimidade na doutrina, tampouco na jurisprudência.

Em relação ao Cade, nota-se que a jurisprudência sobre condutas unilaterais ainda é muito tímida, e a grande maioria dos casos que chegam ao conhecimento da autarquia são arquivados. Em

relação aos descontos condicionados, a situação é ainda mais incipiente. Nossa pesquisa não localizou qualquer caso julgado pelo Cade na vigência da LDC que tivesse os descontos condicionados como foco central de análise.

O processo em que houve a análise mais detalha sobre descontos condicionados foi o caso do Tô Contigo, ainda na vigência da Lei nº 8.884/94. Naquela ocasião, muito embora o Cade tenha propagado estar adotando uma análise por efeitos, o que se notou, na prática, é que o exame do Cade foi mais formalista do que uma análise de efeitos propriamente dita. Diversos argumentos apresentados pela Ambev relativos ao fechamento de mercado e aos efeitos da conduta foram simplesmente ignorados pelo Cade.

Também foi feita uma análise sobre as justificativas apresentadas pelo Cade para o arquivamento dos casos envolvendo condutas unilaterais. Constatou-se que em mais da metade dos casos o Cade entendeu que o fato narrado na denúncia não pode ser provado ou ainda, apesar de ter-se verificada a ocorrência do fato, faltaram elementos para se comprovar que a conduta em questão gerava efeitos líquidos negativos para a concorrência.

Frente a essas constatações, considerando a atual metodologia de análise das condutas unilaterais adotadas pelo Cade e com o objetivo de trazer maior eficiência à LDC com menor custo social, propõe-se uma metodologia de análise das políticas de desconto condicionado, pautada também em Análise Econômica do Direito Concorrencial.

Desta forma, entende-se que o Cade deve analisar os descontos condicionados sob a óptica de conduta por efeitos, pela regra da razão, sendo afastada qualquer hipótese de considerá-los *ilícitos per se*. Essa análise deve efetivamente considerar todos os aspectos importantes da conduta e os efeitos líquidos ao mercado, examinando principalmente a capacidade de gerar fechamento de mercado, com a criação de barreiras à entrada e ao desenvolvimento no mercado. Pelas próprias dificuldades inerentes à realização do “teste preço-custo”, e, considerando a realidade brasileira, a ausência de jurisprudência do Cade sobre o tema, bem como a utilidade de tal teste, entende-se que ele não deve ser uma etapa a ser seguida.

No caso excepcional de Descontos por Fidelidade ou que geram incentivos à fidelidade, que tendem a ser os mais danosos a concorrência, sugere-se que seja invertido o ônus da prova sobre os efeitos líquidos da conduta, que deve recair sobre o representado, desde que provada a existência da conduta. Esse posicionamento visa redistribuir o ônus do processo, concedendo maior efetividade às investigações do Cade.

No intuito de tornar o processo administrativo mais útil aos interessados, sugere-se que o Cade faça um exame preliminar a fim de categorizar as políticas de desconto em análise, e, naqueles casos de Descontos por Fidelidade ou daqueles que geram incentivos à fidelidade, já determinar que os

representados apresentem os efeitos líquidos e as justificativas da adoção da conduta. Desta forma, espera-se que o processo administrativo seja mais célere e útil ao administrado.

Ainda com o objetivo de conferir maior utilidade ao processo, e considerando a metodologia sugerida, propõe-se que a Superintendência-Geral do Cade solicite ao Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) a análise da conduta denunciada. Muito embora essa prerrogativa seja prevista no art. 11 do Regimento Interno do Cade, se observa na prática que tal providência é solicitada na maioria das vezes pelo Tribunal do Cade. A instrução do processo com o parecer do DEE já na SG pode facilitar e tornar mais célere a tramitação do processo, até mesmo para a conclusão pelo arquivamento do caso pela própria SG, além de possibilitar a tomada de uma decisão mais assertiva.

Finalmente, entende-se que também deve ser avaliada pelo Cade a possibilidade de se solicitar a realizar inspeção, e até mesmo de busca e apreensão em casos de conduta unilateral. Como visto, grande parte dos processos são encerrados pela dificuldade em se demonstrar firmemente a existência da conduta denunciada, inclusive pela própria natureza da prática. Naturalmente tal decisão deve estar firmemente embasada em elementos fáticos e jurídicos.

Acredita-se que a adoção das sugestões acima, somada a alterações estruturais¹⁹⁷, pode tornar o processo mais célere, mais bem fundamentado e mais útil aos administrados.

¹⁹⁷ Refere-se as alterações estruturais relativas a organização administrativa, por exemplo, como a criação de comissões temáticas especializadas e dedicadas exclusivamente a tratar de condutas unilaterais.

IX. BIBLIOGRAFIA

AREEDA, P. “The ‘Rule of Reason’ in Antitrust Analysis: General Issues”. *The Federal Judicial Center*, 1981.

AHLBORN, Christian; BAILEY, David. “Discounts, Rebates and Selective pricing by dominant firms: A Trans-Atlantic Comparison”. *European Competition Journal*, 2006.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Editora Singular, 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. “Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira”. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito Econômico Concorrencial*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. “Análise Econômica da Defesa da Concorrência”. In: TIMM, Luciano Benetti. (coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, pp. 277-307.

BOTELHO, Ricardo Franco; SANTOS, Aurélio Marchini. “Unilateral Conduct Law and Practice in Brazil”. In: BRAZILIAN INSTITUTE OF STUDIES ON COMPETITION, CONSUMER AFFAIRS AND INTERNATIONAL TRADE. *Overview of Competition Law in Brazil*. Singular, 2015. pp.325-356.

BOTELHO, Ricardo. *Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position. Analysis of the EU General Court’s judgment in Intel*. São Paulo: Editora Singular, 2016.

BRODER, Douglas F. *A Guide to US Antitrust Law*. London: Sweet Maxwell, 2005.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso do seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CHEN, Zhijun; SHAFFER, Greg. “Naked Exclusion with Minimu-share Requirements”. *RAND Journal of Economics*, vol. 45(1), March, 2014, pp. 64-91.

CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinicius Marques; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati (coord.). *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Pulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DOBSON, Paul ANTITRUSTE. “Exploiting buyer power: lessons from the British grocery trade”. *72 Antitrust Law Journal*, No. 2. American Bar Association, 2005, pp. 529-562.

ECONOMIDES, Nicholas. “Tying, bundling, and loyalty/requirement rebates”. In: ELGAR, Edgar (org.). *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2012. pp. 121-143.

ELHAUGE, Einer; WICKELGREN, Abraham L. “Robust exclusion through loyalty discounts with buyer commitment”. *Discussion Paper No. 722*. Cambridge, MA: Harvard Law School, 2012.

ELHAUGE, Einer. “How loyalty discounts can perversely discourage discounting”. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(2), 2009, pp. 189-231.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Notice – Guidelines on Vertical Restraints*. 2010.

GICO JR, Ivo. “Introdução ao Direito e Economia”. In: TIMM, Luciano Benetti. (coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, pp.5-35.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories*. 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “A economia e o controle do Estado”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 04 junho de 1989.

FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e as Restrições Verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Contratos de Distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GABAN, Eduardo Molan. *Justiça Especializada para Combate a Cartéis*. Brasília: Editora WebAdvocacy, 2021.

GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mário S. *Restrições Verticais adotadas por empresas dominantes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GERADIN, Damien. “A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones”. *World Competition* 41, December, 2008.

_____. *Is the Guidance Paper on the Commission’s Priorities in Applying Article 102 TFUE to Abusive Exclusionary Conduct Useful?* Tilburgo: Tilburg Law and Economics Center, 2010.

GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e Sugestão de Preço de Revenda em Contratos de Distribuição – Análise dos Aspectos Concorrenciais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

GRINBERG, Mauro; CORDOVIL, Leonor; FIGUEIREDO, N. L. “O Poder de Compra do Varejo e os Desafios da Concorrência: Uma Visita ao Chile e à Argentina”. *Revista do IBRAC*, v. 15, pp. 111-126, 2009.

GRINBERG, Mauro. *O despacho saneador no processo administrativo sancionador do CADE*. Nº 1, Brasília: Editora WebAdvocacy, 2021.

HAHN, Robert. *ANTITRUST. Antitrust Policy and Vertical Restraints*. Washington D.C.: AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West Group, 1999.

_____. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2005.

_____. “Discounts and Exclusions”. In: Faculty Scholarship at Penn Law. 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1919>. Acesso em: 24/07/2020.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Tradução Helga Hoffman. 3ª ed. Rio de Janeiro: GEN, 2021.

JOSKOW, P. L.. (2002). *Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies*. Journal of Law, Economics and Organization. V. 18, N.1, pp. 95-116.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Organização, Processos e Acordos Administrativos*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução da 8ª ed. norte-americana. Cambridge: Cengage Learning, 2019.

NEVEN, D. J. *Competition Economics and Antitrust in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Fidelity Rebates - Background note by the Secretariat*. 2016.

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

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

POSNER, Richard. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 8ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros. 2001.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. São Paulo: Editora Gen Forense, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “As condutas unilaterais e o mecanismo das consultas administrativas ao Cade”. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). *A Lei nº 12.529/11 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2016. p. 348.

WISH, Richard. *Competition Law*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Processos

Atlantic Richfield v. USA Petroleum, 495 U.S. 328, 1990. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/328/>>.

Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F.2d 227, at 231. Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/724/724.F2d.227.83-1292.html>>.

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., US 209 (1993). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/>>.

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429 U.S. 477 (1977) e Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007).

Cascade Health Solutions fka McKenzie-Willamette Hospital vs. PeaceHealth e PacificSource Health Plans, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit No. 05-35627 D.C. No. CV-02-06032-ALH.

Consulta nº 08700.001540/2018-62, Interessado: Sintracon, julgado em 28 de março de 2018.

LEPAGE’S INCORPORATED; LePage’s Management Company, L.L.C, v. Minnesota mining and Manufacturing Company; Kroll Associates, Inc. Nos. 00-1368,00-1473.

Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, British Airways/Comissão, C-95/04 P, Colet., p. I-2331.

Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Laboratories. 920 F. Supp. 455. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/920/455/1461530/>>.

Processo Administrativo nº 08012.009670/2010-44.

Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60.

Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59.

Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-19.

Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91.

Processo Administrativo nº 08700.001020/2014-26.

Processo Administrativo nº 08700.001422/2017-73.

State Oil Co. Khan, 522 US 3 (1997). Disponível em: <
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/>>.

United States Court of Appeals, Third Circuit. Eisai Inc. vs. Sanofi Anvestis US., LLC; Sanofi U.S. Services, Inc. e Sanofi-Aventis U.S, Inc. No. 2017.

Processo administrativo nº 0800016153/95-89 e Processo Administrativo nº 08000000128/1995-98.

Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31.

Procedimento Preparatório nº 08700.004588/2020-47. C-189/02 P, Dansk Rørindustri and others v. Commission, 2005 ECR I-5425, § 211.

Processo T-286/09 [Excertos]. Intel/Comissão. p. 14, itens 86 e 87.

Tomra Systems vs. Comissão (C-549/10 P, EU;C:2012:221) 42/84 (Remia BV and others v. Commission), C-7/95-P (John Deere v. Commission) e C-272/092 P (KME Germany AG v. Commission).

Processo *Administrativo* nº 08012.003805/2004-10.

Processo administrativo nº 08012.003064/2005-5.

Acórdão de 6.9.2017 – Processo C-413/14 -, Intel/Comissão. p. 15.

Northern Pacific Railway v Estados Unidos, 356 U.S. 1, 5 (1958). Disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/>

Evento FTC

Conditional Pricing Practices: Economic Analysis and Legal Policy Implications. Disponível em: <
<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2014/06/conditional-pricing-practices-economic-analysis-legal-policy>>.

Apresentação do professor Timothy J. Brennan no Workshop organizado pelo DOJ e FTC, em 23 de junho de 2014, para discutir as práticas de descontos condicionados. Disponível em:
 <
<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2014/06/conditional-pricing-practices-economic-analysis-legal-policy>>.

Apresentação do Conselheiro do FTC no Workshop organizado pelo DOJ e FTC, em 23 de junho de 2014, para discutir as práticas de descontos condicionados. Disponível em:

<<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2014/06/conditional-pricing-practices-economic-analysis-legal-policy>>.

Leis

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>.

CADE. *Relatório Anual 1996. Brasília, 1997*. p. 22. Disponível em: <http://antitruste.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf/view>.

_____. *Anuário Cade 2020*. Disponível em: <<https://indd.adobe.com/view/f30f80e3-23b2-4370-9314-41a50b625073>>.

_____. *Planejamento Estratégico Cade 2021-2024*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento-estrategico>>.

UNIÃO EUROPEIA. Council Regulation (EC) nº 1/2003. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003R0001-20090701&from=EN>>.

_____. *Tratado da Comunidade Econômica Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>>.

Anexo 1 – Processos Julgados pelo Tribunal do Cade de 2012-2020 envolvendo Conduta Unilateral

Número do Processo	Representantes	Representado	Data de Julgamento	Mérito
53500.006130/2001	Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL	Telemar Norte Leste S/A	14/03/2012	Arquivamento
08012.006439/2009-65	Cervejarias Kaiser S/A, Associação Brasileira de Bebidas - ABRABE	Companhia de Bebidas das Américas - Ambev	23/05/2012	Arquivamento
08012.001099/1999-71	Steel Placas Indústria e Comércio	Queiroz & Sousa Comércio de Placas Automotivas Ltda., Reprinco Indústria e Comércio Ltda., Comepla Indústria e Comércio Ltda.	23/05/2012	Condenação
08012.000429/2007-54	Cimento Tupi S.A.	Companhia Siderúrgica Nacional - CSN	26/09/2012	Arquivamento
53500.002336/2003	Telecomunicações de São Paulo S.A. - TELESP	Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. - EMBRATEL	26/09/2012	Arquivamento
08012.005969/2009-96	Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS	HC Lagos Hospital das Clínicas da Região Ltda.	21/11/2012	Arquivamento
08700.000783/2001-35	SITEL - Sociedade Brasileira de Prestadores de Serviços de Teleinformações	Telemar - MA (TELMA)	23/01/2013	Arquivamento
08012.001271/2001-44	PROCON / SP	SKF do Brasil Ltda	30/01/2013	Condenação
08012.006271/2009-98	Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo - SINAMGE	Unimed da Caçapava – Cooperativa de Trabalho Médico	19/06/2013	Arquivamento
08012.008738/2007-72	Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio	Unimed Regional de Maringá – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda	03/07/2013	Arquivamento
08012.007205/2009-35	Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio	Unimed Nordeste Goiano	03/07/2013	Condenação
08012.006043/2003-22	Ragi Refrigerantes Ltda.	Spal Indústria Brasileira de Bebidas S.A., Coca Cola Company e Luís Eduardo Capistrano	28/08/2013	Arquivamento
08012.005524/2010-40	Smart Rio Academia de Ginástica Ltda	Sindicato das Academias do Estado do Rio de Janeiro – SINDACAD/RJ e Ricardo Marques de Abreu	28/08/2013	Condenação

08012.010576/2009-02	Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio	Unimed – Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda.	06/11/2013	Condenação
53500.015661/2007-00	Associação Brasileira de Internet - ABRANET	Telecomunicações de São Paulo S.A. - TELESP	04/12/2013	Arquivamento
08012.000841/2011-51	Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos	Janssen Cilag Farmacêutica Ltda.	04/12/2013	Arquivamento
08012.001503/2006-79	Sindicato Nacional das Empresas de Odontologia de Grupo – SINOG	Uniodonto de Lençóis Paulista – Cooperativa Odontológica	04/12/2013	Condenação
08012.006450/2000-97	Pepsico e Cia	Recofarma Ind. do Amazonas Ltda. e SPAL Ind. de Refrescos S.A.	18/12/2013	Arquivamento
53500.015318/2006	Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel	Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil-Previ	18/12/2013	Arquivamento
08012.000894/2001-08	Televisão Cidade S.A. e Columbus Participações S.A.	Companhia Energética de Pernambuco – CELPE	05/02/2014	Arquivamento
08012.012726/2010-48	Governo do Estado da Bahia	Evonik Degussa Brasil Ltda. e Evonik Degussa GmbH	05/02/2014	Arquivamento
08012.009757/2009-88	Embraforte Segurança e Transporte de Valores Ltda.	Rodoban Segurança e Transporte de Valores Ltda.	05/02/2014	Condenação
08012.002716/2001-11	Walberg Comunicações Ltda.	Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A.	19/02/2014	Arquivamento
08012.008739/2007-17	Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio	Unimed de Itabuna	19/02/2014	Arquivamento
08012.006272/2011-57	Tecnoguarda Vigilância e Transporte de Valores Ltda.	Proforte S.A. Transporte de Valores	19/02/2014	Condenação
08012.000751/2008-64	Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Rio Grande do Sul	Mc Donald's Comércio de Alimentos Ltda.	04/06/2014	Arquivamento
08012.004572/2007-15	Amitech Brasil Tubos Ltda. e Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados	Saint-Gobain Canalização Ltda.	04/06/2014	Arquivamento
08012.005205/2009-09	Casa de Saúde e Maternidade Santa Filomena	Irmandade da Santa Casa da Misericórdia de Rio Claro, AMESC - Associação dos Médicos da Santa Casa	16/07/2014	Arquivamento
08012.008554/2008-93	Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio	AgipLiquigás do Brasil S.A. (sucideda por Liquigás Distribuidora S.A.), Supergasbrás Distribuidora de Gás S.A. (sucideda por SHV Gás Brasil Ltda.), Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. e Minasgás S.A. Distribuidora de Gás Combustível (sucideda por SHV Gás Brasil Ltda.)	20/08/2014	Arquivamento
08012.004397/2005-02	Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ	Companhia Portuária Baía de Sepetiba e MRS Logística S.A.	03/09/2014	Arquivamento

08012.010829/2011-54	Davi Mainel Rocha	Bematech S.A. e Fagundez Distribuição Ltda	03/09/2014	Arquivamento
08012.007189/2008-08	Bann Química Ltda	DyStar Textilfarben GmbH e DyStar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda.	01/10/2014	Arquivamento
53500.004704/2003	TELERJ Celular S.A., TELEST Celular S.A. TELERGIPE Celular S.A. TELEBAHIA Celular S.A., Algar Telecom Leste S.A. – ATL, Telemig Celular S.A., Maxitel S.A., Associação Nacional das Operadoras de Celular – ACEL	Telemar Norte Leste S.A.	26/11/2014	Arquivamento
08012.003918/2005-04	Secretaria de Direito Econômico – SDE ex officio	Telemar Norte Leste S.A.	11/03/2015	Condenação
08012.002096/2007-06	Ministério Público Federal - Procuradoria da República de São Paulo e Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio Ltda.	Brasileira de Soluções e Serviços - CBSS, Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Banco ABN Amro Real S.A. (Banco Santander Brasil S.A.) e Banco Nossa Caixa S.A.	06/05/2015	Arquivamento
08012.010208/2005-22	Empresa de Cimentos Liz S.A. (antiga Soeicom S.A. – Sociedade de Empreendimentos Industriais, Comerciais e Mineração)	Intercement Brasil S.A. (antiga Camargo Corrêa Cimentos S.A.)	24/06/2015	Arquivamento
08012.011508/2007-91	Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos	Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company	24/06/2015	Condenação
08012.002917/2002-91	Publicações Técnicas Internacionais Ltda. – PTI	Target Engenharia e Consultoria S/C Ltda. e Associação Brasileira de Normas Técnicas	29/07/2015	Arquivamento
08012.009690/2006-39	Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda.	Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais	19/08/2015	Suspensão por TCC
08012.006504/2005-29	Sindicato dos Estivadores nos Portos do Estado de Pernambuco, Sindicato dos Conferentes de Carga e Descarga nos Portos do Estado de Pernambuco, Sindicato dos Trabalhadores em Serviços de Bloco nos Portos do Estado de Pernambuco, Sindicato dos Trabalhadores nos Serviços Portuários nos Portos do Estado de Pernambuco e Sindicato dos Consertadores de Carga e Descarga nos Portos no Estado do Pernambuco	Tecon Suape S.A. e Suape – Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros	14/10/2015	Arquivamento
08012.012081/2007-48	Cade ex officio	Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A. (Shopping Villa-Lobos), Pro- Indiviso Shopping Villa- Lobos, Multiplan Empreendimentos	11/11/2015	Arquivamento

		Imobiliários S.A. (Morumbi Shopping), Morumbi Shopping, Brookfield Brasil Shopping Centers Administradora Ltda. (nova denominação de Plaza Shopping Administradora Ltda. – Shopping Pátio Higienópolis) e Comercial Shopping Pátio Higienópolis		
08012.003824/2002-84	Ministério Público Federal - Procuradoria da República na Bahia	Tecon Salvador S.A. e Intermarítima Terminais Ltda.	03/02/2016	Condenação
08012.005422/2003-03	Multi Armazéns Ltda. e Transportadora Simas Ltda.	Tecon Rio Grande S.A.	03/02/2016	Condenação
08012.000778/2011-52	Cade ex officio	Luiz Antônio Cury Galebe, MC 3 Vídeo Produções Ltda., Léo Produções e Publicidade Ltda., Shop Tour International e Shop Tour TV Ltda.	08/06/2016	Arquivamento
08012.005967/2000-69	Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda.	Santos Brasil S.A. (TECON) e TECONDI (Terminal de Contêineres da Margem Direita S.A.)	22/06/2016	Arquivamento
08012.012740/2007-46	Ministério Público Federal, Procuradoria da República do Rio Grande do Sul	Administradora Gaúcha de Shopping Center S.A.; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S.A.; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S.A.; e Niad Administração Ltda.	31/08/2016	Condenação
08012.008855/2003-11	Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE/MF	Intercement Brasil S.A. (antiga Camargo Corrêa Cimentos S.A.), CCB Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Ciplan – Cimento Planalto S.A., Votorantim Cimentos Ltda., Cia. de Cimento Itambé, Holcim Brasil S.A., Lafarge Brasil S.A., Itabira Agro Industrial	18/10/2016	Arquivamento

		S.A., Itautinga Agro Industrial S.A., Cimentos do Brasil S.A. – Cibrasa, Itapicuru Agro Industrial S.A., Itapissuma S.A., Ibacip – Indústria Barbalhense de Cimento Portland S.A., Itapetinga Agro Industrial S.A., Itapessoca Agro Industrial S.A., Itaguassu Agro Industrial S.A., Cimento Tupi S.A. (incorporadora da antiga CP Cimento e Participações S.A.) e Empresa de Cimentos Liz S.A. (antiga Soeicom S.A. – Sociedade de Empreendimentos Industriais, Comerciais e Mineração)		
08700.010110/2012-46	Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel	Telemar Norte Leste S.A. e Brasil Telecom S.A. - Oi S.A.	09/11/2016	Arquivamento
08012.011881/2007-41	Companhia de Gás de São Paulo – Comgás	Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda.	07/12/2016	Condenação
08012.007155/2008-13	ZF Serviços Ltda.	Associação de Centros Comerciais Atacadistas de Santa Catarina (ACECOMVI) e Jorge Luiz Seyfferth	12/12/2017	Condenação
08012.007505/2002-48	Líder Signature S.A. Helicópteros do Brasil S.A. – Helibrás	Helicópteros do Brasil S.A. – Helibrás	07/02/2018	Arquivamento
08012.002673/2007-51	Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (Anfape)	Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda.; Fiat Automóveis S.A.; e Ford Motor Company Brasil Ltda.	14.03.2018	Arquivamento
08012.001518/2006-37	Rogério Domene, Marcelo Procópio Calliari, Daniel Oliveira Andreoli, Joana Temudo Cianfarani, Sérgio Varella Bruna, José Orlando de Almeida de Arrochela Lobo, Luiz Gustavo Mayrink Carvalho, Valdo Cestari de Rizzo, Ana Paula Hubinger Araujo, Cecília Vidigal Monteiro de Barros, Edson Takeshi Nakamura, Tulio Freitas do Egito Coelho, Francisco Ribeiro Todorov, Alessandro Marius Oliveira	Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais	08/08/2018	Condenação

	Martins, José Alexandre Buaiz Neto, Marco Aurélio Martins Barbosa, Ubiratan Mattos, Marcelo Antonio Muriel, Alessandra Rodrigues Bernardes Oshiro e outros			
08700.008464/2014-92	Multi Armazéns Ltda. e Transportadora Simas Ltda.	Tecon Rio Grande S.A.	08/08/2018	Condenação
08012.006377/2010-25	Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos	Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S	03/10/2018	Arquivamento
08012.007423/2006-27	Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.	Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda.	16/10/2018	Condenação Parcial
08700.005755/2015-18	Cade ex officio	Itaú Unibanco S.A.	24/04/2019	Arquivamento
08700.005759/2015-98	Cade ex officio	Caixa Econômica Federal	24/04/2019	Arquivamento
08700.005770/2015-58	Cade ex officio	Banco do Estado do Rio Grande do Sul – Banrisul	24/04/2019	Arquivamento
08700.005761/2015-67	Cade ex officio	Banco Santander Brasil S.A.	24/04/2019	Arquivamento
08700.005766/2015-90	Cade ex officio	Banco Bradesco S.A.	24/04/2019	Arquivamento
08700.005781/2015-38	Cade ex officio	Banco de Brasília - BRB	24/04/2019	Arquivamento
08700.009082/2013-03	E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.	Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.	19/06/2019	Arquivamento
08700.005694/2013-19	Cade ex officio	Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.	19/06/2019	Arquivamento
08012.010483/2011-94	E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.	Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.	26/06/2019	Arquivamento
08700.005418/2017-84	Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A. e Atlântico Terminais S.A.	Tecon Suape S.A.	16/10/2019	Condenação
08700.005969/2018-29	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública	Conselho Federal de Medicina e Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo	03/06/2020	Condenação
08012.007147/2009-40	EMS S.A e Germed Farmacêutica Ltda.	Genzyme do Brasil Ltda e Genzyme Corporation	17/06/2020	Arquivamento
08012.005009/2010-60	H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda.	PST Eletrônica S.A.	12/08/2020	Condenação

Fonte: elaboração própria, com base nos dados informados pelo Cade.