

Escola de
ECONOMIA
de São Paulo

**Textos para
Discussão**

264

Julho
de 2010

**RESTRIÇÕES VERTICAIS E DEFESA DA
CONCORRÊNCIA: A EXPERIÊNCIA
BRASILEIRA**

PAULO FURQUIM DE AZEVEDO



Os artigos dos *Textos para Discussão da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas* são de inteira responsabilidade dos autores e não refletem necessariamente a opinião da FGV-EESP. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos, desde que creditada a fonte.

Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas FGV-EESP
www.fgvsp.br/economia

Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira

Paulo Furquim de Azevedo¹

Abstract:

This article reviews the Brazilian competition policy with regard to vertical restraints. Although relatively short, the Brazilian experience is surprisingly rich and consistent, particularly in comparison with the quite volatile U.S. enforcement towards vertical restraints, which ranged from severe interventions to an absolutely lenient approach. A significant number of the most important antitrust cases in Brazil are related to vertical restraints, and one of them resulted in the highest fine ever applied to a company by Brazilian authorities. Moreover, the necessary conditions to characterize an antitrust offence are relatively well set, comprising three main steps of investigation: a) the existence of dominant position, b) the feasibility and economic rationality of market foreclosure and raising the costs of rivals, and c) the efficiencies related to vertical control. The article comprises a summary of the economic controversy regarding vertical restraints, and a summary of the main cases decided by the Brazilian Commission (Cade).

Key-words: vertical restraints, antitrust, Brazilian competition policy

JEL: L42

1. Introdução

“*Cade multa Ambev em R\$ 352,7 milhões por concorrência desleal*”. Assim anunciava a imprensa, em 22/07/2009, logo após a Sessão de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que determinou aquela que foi a maior multa já aplicada a uma única empresa por qualquer agência reguladora brasileira.

A conduta investigada consistia em contratos entre a Ambev e pontos de venda, por meio dos quais, conforme conclusão do Cade, a primeira limitava o acesso de outros produtores de cerveja aos segundos, dificultando a entrada e o desenvolvimento de empreendimentos concorrentes. Tais contratos são conhecidos na literatura econômica por restrições verticais e, por conta de possíveis efeitos anticompetitivos, como os identificados pelo Cade nos contratos entre a Ambev e pontos de venda, são muitas vezes objeto de escrutínio por parte das autoridades de defesa da concorrência.

¹ Fundação Getúlio Vargas – Escola de Economia de São Paulo (FGV-EESP). Rua Itapeva, 474, Sala 1007, Bela Vista, CEP 01332-000 / São Paulo – SP, Brasil. Tel: 55 (11) 3799-3375; Fax: 55 (11) 3799-3357 / e-mail: paulo.azevedo@fgv.br

Este artigo trata da jurisprudência brasileira na repressão a condutas anticompetitivas que tenham por instrumento restrições verticais. São os casos de contratos de exclusividade, fixação de preços de distribuidores (*resale price maintenance*), restrições de quantidade a ser vendida ou de qualidade de serviço a ser prestada pelo distribuidor, entre outros. Em parte desses casos, há um contrato entre cliente e fornecedor que transfere, além do produto ou serviço objeto desse contrato, algum direito de decisão, como, por exemplo, o direito de um ponto de venda decidir o escopo dos produtos que distribui ou sua área de atuação (contratos de exclusividade) ou o direito de um lojista decidir o seu preço (*resale price maintenance*). Em outros, instrumentos econômicos, como descontos para venda em pacote, podem induzir a decisão da contraparte, gerando efeitos similares à transferência de direitos de decisão. Em ambos os casos, a restrição vertical é um mecanismo para promover a coordenação vertical e a realização de ganhos que não poderiam ser obtidos se as decisões fossem preservadas autonomamente para cada parte de uma transação. Entretanto, é a mesma transferência de direitos que pode causar prejuízos à concorrência, justificando a intervenção por parte da autoridade antitruste.

Não são raros os textos que tratam de restrições verticais e sua relação com defesa da concorrência, seja na apresentação do tema de forma teórica e abstrata, seja na análise das relações entre este objeto e os institutos jurídicos do direito concorrencial (Dobson e Waterson, 1996; Forgioni, 2007; Hovenkamp, 2005b; Katz, 1989; Motta, 2004; Ray e Tirole, 2007; Waterson, 1996; Williamson, 1996)². Estando disponíveis todas essas referências, parece mais produtivo dedicar este artigo predominantemente à experiência brasileira na análise de restrições verticais, a qual, por sua contemporaneidade, dispõe de um amplo leque de casos ainda não compilados, que informam sobre o comportamento das autoridades de defesa da concorrência no tratamento desse tema. Este é, portanto, o caminho escolhido para este artigo.

Para tanto, este artigo inicia-se com uma breve e despretensiosa síntese do debate acadêmico, com o fim de situar a fundamentação teórica a que as decisões das autoridades se remetem. Em seguida, é apresentada uma avaliação geral da experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no tratamento de restrições verticais. Essa experiência é, posteriormente, ilustrada por meio do detalhamento de alguns casos mais

² Mesmo este autor já se dedicou a esta empreitada em trabalho anterior (Azevedo, 2005).

emblemáticos, seja no controle de atos de concentração que contenham restrições verticais, seja na repressão a essa espécie de conduta. Por fim, as considerações finais trazem uma apreciação geral do tema, tendo por ênfase uma análise comparada com as demais jurisdições.

2. Síntese do debate acadêmico: restrições verticais

O que são?

Relações verticais são aquelas que englobam processos produtivos complementares, em contraste com relações horizontais, que compreendem processos produtivos substitutos. Desse modo, o emprego do termo ‘vertical’ é mais abrangente do que sua acepção intuitiva, de relação entre diferentes elos de uma cadeia produtiva. Aplica-se, portanto, a noção de relação vertical não somente a processos de agregação de valor a uma matéria-prima (e.g. transformação trigo-farinha-pão), mas também a atividades complementares não diretamente encadeadas, como a produção de sistemas operacionais e de navegadores de internet.

Atividades complementares (i.e., verticalmente relacionadas) são frequentemente intermediadas por contratos, que, além de transferirem diretamente um bem ou serviço, podem alocar direitos e deveres entre as partes, em particular direitos de decisão, tais como ‘a que preço vender um produto’ ou ‘de quem adquirir um insumo’. Contratos de *franchising* e diversas modalidades de contratos empresariais tipicamente contêm esse tipo de transferência de direito de decisão, ou seja, restrições verticais. No limite, as partes podem acordar em transferir todos os direitos de decisão relevantes, incluindo os chamados direitos residuais de controle, o que equivale a transferir a propriedade do negócio que é verticalmente relacionado (Grossman e Hart, 1986). Em outras palavras, a integração vertical – i.e., reunião de atividades complementares sob o mesmo comando hierárquico – é um caso extremo, em que as partes acordam em transferir a propriedade do negócio e não apenas direitos de decisão especificados contratualmente. Por conta da diversidade de formas em que as restrições verticais podem se manifestar, a teoria econômica tem optado por utilizar o termo geral ‘controle vertical’ para tratar de suas diversas modalidades, de restrições verticais puras à integração vertical.

Um síntese do debate

Muita controvérsia marca o debate a respeito dos eventuais efeitos anticompetitivos de restrições verticais ou, mais genericamente, do controle vertical. Essa controvérsia não ficou circunscrita à academia, mas transbordou para a prática antitruste, sobretudo nos EUA, cuja jurisprudência a esse respeito oscilou entre a repressão indiscriminada e a quase-imunidade de restrições verticais.

Este artigo deliberadamente abdica da atividade de reproduzir em detalhe esse debate e sua relação com a prática antitruste nas demais jurisdições. É conveniente, entretanto, resumir alguns de seus pontos, que permitem interpretar a experiência brasileira, bem como contrastá-la com a experiência americana.

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

Intuitivo, não? Porém nem sempre a intuição caminha junto com a razão. Pelo seu apelo intuitivo – e, como desenvolvido adiante, não por sua consistência lógica – esta tese foi bastante influente na política antitruste americana nas décadas de 1950 e 1960, a chamada *Warren Era*, assim batizada em referência ao comandante da Suprema Corte norte-americana, Earl Warren (Hovenkamp, 2005a). Sua gestão foi marcada por forte intervenção da política de defesa da concorrência, coibindo, algumas vezes por meio de regras *per se*, o emprego de restrições verticais dos mais variados tipos. Referindo-se a esse período, Ronald Coase, que viria a ganhar o Prêmio Nobel de Economia em 1991, afirmou:

“Se um economista encontra algo – uma prática empresarial qualquer – que ele não compreende, ele procura uma explicação na busca por poder de monopólio. E, como somos muito ignorantes nesse assunto, o número de práticas que se mostram

incompreensíveis tende a ser expressivo e, como consequência, as explicações baseadas no poder de monopólio são freqüentes”
(Coase, 1972: 67, *apud* Williamson, 1996: 281).

Sua ironia se juntou a diversos outros trabalhos, em particular os de Bork (1978) e Posner (1976), constituindo o que veio a ser chamado Escola de Chicago. Uma de suas importantes contribuições foi demonstrar que o máximo lucro que pode ser obtido em uma cadeia produtiva é o lucro de monopólio – com o risco de soar redundante, de um único monopólio. A presença de dois monopólios consecutivos, ambos fazendo incidir uma margem de monopólio sobre o seu custo, não resultaria em dois lucros de monopólio, mas em um lucro conjunto inferior ao que seria obtido por um único monopolista, no que ficou conhecido na literatura econômica como ‘dupla margem’.

Não sendo o objetivo deste artigo detalhar esses resultados teóricos, recorre-se aqui a uma idéia intuitiva desse resultado (mas agora uma intuição acompanhada da razão). O lucro de monopólio é, por definição, o máximo lucro que pode ser extraído de uma determinada curva de demanda. Preços mais baixos que o de monopólio geram lucros menores porque, embora a quantidade vendida cresça, a queda da margem unitária (preço subtraído de custos) é proporcionalmente maior. Também preços mais altos que o de monopólio geram lucros inferiores, uma vez que, nesse caso, a queda na quantidade vendida é proporcionalmente maior que o aumento de margem. E isto, é claro, não é um acaso; simplesmente o preço de monopólio é a escolha que torna o lucro máximo. Não é possível, portanto, se extrair mais renda de uma demanda final do que a que já extrai um monopolista, mesmo que este passe também a monopolizar a produção de seus insumos ou a distribuição de seu produto.

A consequência desse raciocínio, ainda de acordo com a Escola de Chicago, é que não haveria interesse no exercício de controle vertical para fins de alavancagem de poder de mercado nos demais elos de uma cadeia produtiva. Em outras palavras, mesmo podendo a Microsoft, por meio de restrições verticais, afetar a concorrência no mercado de distribuidores, ainda de acordo com a Escola de Chicago, ela não teria interesse econômico em fazê-lo para fins anticompetitivos.

Não sendo esta a motivação para o controle vertical, porque, então, esta prática seria tão freqüente? A resposta – de paternidade bem mais abrangente do que a Escola de

Chicago – é que ao controle vertical estão usualmente associados diversos tipos de eficiência, derivados de economias de escopo (Scherer e Ross, 1990), da redução de problemas informacionais (Lafontaine e Slade, 2010) e, mais genericamente, de custos de transação (Williamson, 1985, 1991, 1996, 2005). Quanto a isso, não há muita controvérsia. Quase todos são unânimes em identificar no controle vertical uma possível e provável fonte de eficiências.

Embora a Crítica de Chicago tenha se cristalizado nas décadas de 1960 e 1970, em absoluto antagonismo com a *Warren Era*, foi somente com o passar dos anos que a sua influência na prática antitruste foi se consolidando. Talvez o ápice dessa influência tenha ocorrido nos oito anos da administração George W. Bush, que não levou à frente nenhum caso sequer de restrição vertical, ao passo que a Europa – e, como veremos, o Brasil – construía importantes casos cujo fundamento era o uso anticompetitivo de restrições verticais.

Curiosamente, paralelamente a esta inflexão na prática antitruste americana, a academia econômica digeriu e processava os argumentos da Escola de Chicago, identificando suas vulnerabilidades. Destas surgiram críticas baseadas em teoria dos jogos e modelos formais (i.e. rigorosos em sua lógica interna) que recuperaram as diversas possibilidades de conduta anticompetitiva tendo restrições verticais por instrumento. Um rápido passeio pelos principais periódicos de Organização Industrial publicados nas décadas de 1980 e 1990, e, um pouco mais tardiamente, nos *journals* de Direito Antitruste revela a profusão desses novos trabalhos que, por sua orientação revisionista dos argumentos propagados por Posner e Bork, foram denominados de Crítica Pós-Chicago (Hovenkamp, 2005a).

O ponto de partida desses novos trabalhos é o reconhecimento da pedra fundamental utilizada pela Escola de Chicago na caracterização da licitude de restrições verticais: o lucro de monopólio é o máximo lucro que pode ser extraído de uma determinada demanda final, ou seja, não é racional utilizar restrições verticais para impor duas margens de monopólio aos consumidores. Ainda assim, pode haver racionalidade econômica em se restringir a concorrência por meio do controle vertical com o fim de *proteger – e não aumentar – o lucro de monopólio pré-existente*. Por meio de contratos de exclusividade, fixação de preço de revenda ou outras formas de restrição vertical, uma empresa pode

mitigar a concorrência a montante e a jusante e, com isso, impedir a entrada de concorrentes no mercado em que já gozava de lucro de monopólio. Esta estratégia ficou conhecida como *fechamento de mercado*, sendo a principal base para a repressão a condutas que tenham por instrumento restrições verticais.

O mais notório exemplo de emprego desse argumento Pós-Chicago ocorreu no caso Microsoft vs Netscape (disputa de navegadores de Internet), que, embora seja um caso clássico de vendas casadas, pode ser tratado como um caso de controle vertical, em que há restrições à liberdade de escolha na comercialização de produtos verticalmente relacionados (sistema operacional e navegador de Internet). Sendo a Microsoft virtualmente monopolista no segmento de sistemas operacionais, a monopolização do segmento de navegadores não poderia ampliar o lucro de monopólio já extraído dos usuários de computadores PC. Entretanto, o bloqueio ao crescimento de navegadores concorrentes, no caso o Netscape, eliminava um potencial entrante no *mercado de sistemas operacionais*, de onde a Microsoft extraía seus lucros mais suculentos. A estratégia de fechar mercado, portanto, atendia ao propósito de *preservar* o lucro pré-existente, em ameaça pela potencial entrada de concorrentes a jusante³.

Entre os principais autores dessa nova tradição estão Joe Farrell e Carl Schapiro, respectivamente apontados pela administração Obama para as funções de economista-chefe do Federal Trade Commission e do U.S. Department of Justice. A afinidade entre ambos, co-autores em diversos trabalhos acadêmicos, indica que as duas autoridades de defesa da concorrência devem andar juntas em direção de um maior rigor na repressão às restrições verticais de natureza anticompetitiva⁴.

Em síntese, a prática antitruste norte-americana no tratamento de restrições verticais foi marcada por intenso debate e, sobretudo, por grandes oscilações entre o rigor e a absoluta tolerância. Bem diferente é a jurisprudência européia e brasileira, que revelam um padrão consistente do *enforcement* da política antitruste em condutas verticais, em geral

³ A morosidade da análise antitruste frente à intensa dinâmica tecnológica no setor de *softwares* não evitou a derrocada do Netscape. Entretanto, a punição à Microsoft pode ter arrefecido a sua agressividade na disputa subsequente com o sistema de buscas do Google, que foi posteriormente seguido do lançamento de um navegador de internet e, finalmente, de um sistema operacional. Esta entrada possivelmente marcará o início da erosão dos lucros de monopólio da Microsoft em sistemas operacionais.

⁴ Essa mudança de postura da política antitruste americana é acompanhada pela revisão da posição daquele que talvez seja o maior ícone da Escola de Chicago. Em artigo no The Wall Stree Journal, em 31/01/2010, o

sensível aos diversos ganhos de eficiência que podem decorrer de restrições verticais, mas atento à sua possível utilização como instrumento de fechamento de mercado, em prejuízo do bem estar social.

3. A experiência do SBDC no tratamento de restrições verticais

Restrições verticais são objeto de frequente escrutínio por parte do SBDC. Isto ocorre tanto no controle preventivo de estruturas de mercado (Atos de Concentração), quanto na repressão a condutas anticompetitivas (Processos Administrativos), mecanismo mais usualmente utilizado pelas mais variadas jurisdições para o controle dos eventuais efeitos deletérios à concorrência decorrentes de restrições verticais.

É claro que, conforme visto na seção anterior, podendo as restrições verticais, em determinadas circunstâncias fáticas, resultar em prejuízos à concorrência e redução do bem-estar do consumidor final, estas estão incluídas entre as condutas potencialmente anticompetitivas, passíveis de repressão nos termos do Art. 20 c/c Art. 21 da Lei 8.884/94. Entretanto, dado o escopo amplo de formas contratuais que devem ser submetidas ao controle de estruturas, conforme estabelecido no Art. 54 da mesma lei, contratos que contenham restrições verticais potencialmente lesivas à concorrência – como cláusulas de exclusividade – também são costumeiramente apreciados pelo Cade na forma de atos de concentração. Além disso, há casos de fusões, aquisições e *joint ventures*, que, embora não tenham nas restrições verticais a sua razão de subsunção ao art 54 da Lei 8884/94, podem conter esse tipo de cláusula no contrato notificado, sendo as suas implicações concorrenciais objeto de análise criteriosa por parte do SBDC. Um exemplo, descrito em maior detalhe na próxima seção, foi o ato de concentração entre Sky e DirecTV, em que o grupo econômico vendedor, as Organizações Globo, ainda participante minoritária na empresa resultante, resguardava direitos de decisão sobre variáveis estrategicamente relevantes, em particular o direito de vetar ou influenciar de quem a Sky-Directv poderia adquirir conteúdo audiovisual nacional. Não somente esses direitos foram analisados na decisão do Cade, como foram objeto de restrição por parte do Conselho.

articulista Thomas Catah relata que o Juiz e Prof. Richard Posner se declara agora um keynesiano, em um sinal de revisão de sua crença sobre a desnecessidade de intervenção do estado no ordenamento privado.

Quanto à análise de mérito, é interessante notar que, embora o tratamento conferido às restrições verticais seja marcado pela controvérsia e pela oscilação em seu *enforcement* na jurisdição norte-americana, é notável a consistência da relativamente curta experiência brasileira. Seu foco, via de regra, é a hipótese de fechamento de mercado, de elevação do custo de rivais ou, mais genericamente, de limitação à capacidade de outras empresas concorrerem por custos, por diferenciação ou inovação. Por exemplo, o controle sobre ativos de inovação pode inibir a capacidade de empresas rivais concorrerem em mercados em que a inovação é o principal elemento de concorrência. De modo similar, uma estratégia de bloqueio à entrada pode se fundar na aquisição de direitos sobre insumos necessários à diferenciação e de difícil reprodução – e.g. o acesso a *mix* de lojas na concorrência entre *shopping centers* ou a aquisição de direitos sobre eventos únicos de mídia na disputa entre produtores de conteúdo audiovisual. Em contrapartida, quando do controle vertical não decorre qualquer constrangimento às oportunidades de compra e venda por parte de concorrentes – o que é bastante comum, particularmente em projetos *green field* – não há preocupações concorrenciais manifestas na jurisprudência do SBDC.

Com a finalidade de investigar se restrições verticais têm efeito de fechamento de mercado, a jurisprudência do SBDC invariavelmente percorre os seguintes passos, cada um deles uma condição necessária para que o fechamento de mercado seja uma estratégia factível e racional do ponto de vista econômico. Primeiro, uma das partes do contrato deve deter posição dominante a montante ou a jusante, em geral presumida por meio de elevada participação de mercado ou por diferenciação vertical, no caso de mercados de produtos diferenciados. Desse modo, um contrato de *franchising*, repleto de restrições verticais dos mais variados tipos (exclusividade de produto, territorial, fixação de preço de revenda, precificação não-linear etc.), de uma rede de *fast food* de médio porte (e.g. China in Box) já não atende a este primeiro requisito, podendo ser sumariamente descartada a suspeição de se tratar de um ilícito antitruste.

Segundo, o controle vertical deve ser suficiente para impor prejuízo a concorrentes efetivos ou potenciais, por meio de restrição de acesso a insumos ou canais de distribuição. Para que esta segunda condição seja observada, a estrutura de mercado, a rivalidade entre os demais concorrentes e barreiras à entradas devem ser tais que a elevação de preços – ou, mais genericamente, a restrição de acesso – seja sustentável por tempo suficiente para

excluir concorrentes ou bloquear a entrada. Em particular, é necessário investigar se concorrentes podem por si próprios integrar verticalmente, de modo a prescindir do acesso ao insumo ou canal de distribuição objeto da restrição vertical. Por exemplo, se o Shopping Iguatemi – supondo que este tenha posição dominante, como concluiu, de fato, o Cade – utilizar um contrato de exclusividade com apenas uma loja de grife, não se configuraria um ilícito antitruste. A restrição de acesso a uma única loja é insuficiente para dificultar ou impedir os *shoppings centers* concorrentes de constituir um *mix* de loja comparável às utilizadas pelo Shopping Iguatemi. Em contraposição, se o conjunto de lojas de quem o Iguatemi obtém contratualmente exclusividade for suficientemente grande para inviabilizar uma estratégia de diferenciação, limitando a concorrência, então pode-se caracterizar uma conduta anticompetitiva, passível de punição por parte do SBDC.

Uma vez constatada a potencialidade lesiva do controle vertical, a análise percorre o seu terceiro e último passo, que consiste em verificar se do controle vertical não decorrem eficiências relevantes, suficientes para compensar os prejuízos à concorrência. Conforme já mencionado e desenvolvido em extensa literatura sobre o tema, há diversos ganhos possíveis decorrentes do controle vertical, sejam ganhos de fonte primariamente tecnológica (e.g. economia de escopo ou vantagens logísticas entre as atividades verticalmente relacionadas), sejam ganhos informacionais, de alinhamento de comportamentos entre as partes contratantes e, mais genericamente, de redução de custos de transação.

Não sendo o objetivo deste artigo o detalhamento desses possíveis ganhos⁵, cabe apenas mencionar que eficiências do contrato em sua integralidade não são suficientes para justificar eventuais prejuízos à concorrência. Os incisos II, III e IV do § 1º do Art. 54 da Lei 8.884/94, que dispõem sobre a admissibilidade de eficiências, ao menos no contexto de atos de concentração, indicam três condições para que estas possam ser consideradas como elementos compensatórios a possíveis prejuízos à concorrência. Em síntese, eficiências são admissíveis se: a) os benefícios decorrentes sejam transferidos, ao menos em parte, aos consumidores finais; b) a operação não implicar monopolização em parte substancial de

⁵ Em trabalho anterior (Azevedo, 2005) já consta uma síntese dos possíveis ganhos decorrentes do controle vertical. É interessante notar também que, do ponto de vista empírico, as hipóteses de eficiência, particularmente aquelas ligadas à redução de custos de transação, são as que mais consistentemente explicam os padrões de controle vertical (Klein, 2005; Lafontaine e Slade, 2008).

mercado relevante; e c) forem observados “os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”. Traduzindo, deve-se observar o impacto sobre o bem-estar do consumidor final; não há eficiência que justifique o monopólio; e, se as mesmas eficiências puderem ser obtidas sem prejuízos à concorrência, estas não constituem fundamento suficiente para a tolerância da restrição vertical em análise⁶.

Finalmente, antes de este artigo aprofundar a análise de alguns casos ilustrativos, é interessante notar que, de um modo geral, as intervenções do SBDC em restrições verticais tornaram-se relativamente mais comuns no período recente⁷. Este padrão de decisão de maior intervenção não parece ter decorrido de uma mudança no entendimento do SBDC sobre o tema, como claramente ocorreu na jurisdição norte-americana. A fundamentação das decisões, conforme já mencionado, indica uma consistência até surpreendente dos procedimentos de análise, sobretudo tendo-se em conta tratar-se de assunto tão permeado de controvérsia. Mais plausível é a hipótese de que o aumento do número de casos tenha decorrido de mudanças no sistema econômico, as quais demandaram intervenções mais frequentes e, algumas vezes, mais rigorosas.

Entre essas mudanças está a privatização de infra-estrutura e de serviços de utilidade pública na segunda metade dos anos 1990, bem como a crescente desregulamentação de diversos mercados ocorrida ao longo da mesma década. Restrições de acesso à infra-estrutura portuária, de telefonia, de transporte ferroviário ou dutoviário entraram para o menu das possíveis estratégias concorrenciais, as quais, por conta da essencialidade dos serviços e clara posição dominante das incumbentes, apresentam maior potencialidade lesiva à concorrência. Do mesmo modo, a constituição de grandes empresas nesse período, na esteira de um movimento internacional de concentração em setores específicos, também pode explicar a maior incidência de casos, saltando aos olhos a presença da Ambev em um número considerável processos administrativos. O crescimento da importância do tema no Brasil decorre, portanto, mais das mudanças econômicas concretas do que de uma revisão da prática do SBDC. Esta, ao contrário, mostrou-se relativamente consistente ao longo da (curta, é verdade) experiência brasileira.

⁶ Há, é claro, interpretações alternativas para os mesmos incisos. Estas são aquelas que parecem a este autor as mais diretas e adequadas, assim como plenamente compatíveis com a prática do SBDC no tratamento de restrições verticais.

⁷ Pesquisa realizada por meio de consulta às ementas das decisões do Cade indica que, até o ano 2000, não havia um único caso de restrição à aprovação de atos de concentração motivada por controle vertical.

4. Alguns casos ilustrativos

Há inúmeros casos de interesse em que a análise das restrições verticais mereceu aprofundamento e que, por isso, poderiam compor esta seção de casos ilustrativos. Na escolha entre tantos casos de interesse para tão curto espaço, este artigo optou por desenvolver aprofundadamente apenas um caso, que trata da representação contra a Globosat, controlada pelo grupo Globo, por recusa de venda do canal Sportv às concorrentes da NET, empresa de TV a cabo cujo controle é compartilhado pela Globo. A peculiaridade deste caso é o seu desfecho na forma de um Termo do Compromisso de Cessação (TCC), por meio do qual a Globosat, entre outras obrigações, acordou em por fim à conduta investigada. Por conta do desfecho na forma de acordo, a decisão não foi contestada judicialmente e, por consequência, foi possível observar os efeitos concretos no mercado decorrentes do fim da conduta, tornando este um caso de interesse particular ao estudo de restrições verticais.

A fim de dar uma maior abrangência a essa seleção de casos ilustrativos, ao final são descritos sumariamente vários outros casos de relevo, originados de atos de concentração ou processos administrativos. Dessa forma, espera-se dar um quadro, embora ainda incompleto, mais representativo da jurisprudência brasileira no tratamento de restrições verticais.

4.1. Caso Globosat – SporTV

Este processo administrativo originou-se de representação interposta pela **Associação Neo TV** (“Neo TV”), em face das empresas **Globosat Programadora Ltda** (“Globosat”) e **Globo Comunicações e Participações Ltda** (“Globopar”), ambas integrantes das Organizações Globo⁸.

⁸ Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31. A **Globosat**, cujas quotas pertencem majoritariamente à Globopar, é uma empresa produtora de conteúdo, programadora, licenciadora e distribuidora de programação para televisão por assinatura, detentora dos direitos de comercialização de diversos canais, dentre eles o canal Sportv. A **Globopar**, por sua vez, é uma empresa *holding*, sem atividades específicas. Essa representada controla a TV Globo e sua estrutura de produção, além de, direta ou indiretamente, várias subsidiárias nas áreas de publicação, de internet, de gravação de discos e de televisão por assinatura.

Em despacho instaurador, o Secretário de Direito Econômico estabeleceu a necessidade de se investigar condutas capituladas pelos art. 20, II e IV, c/c art. 21, IV, V, VI, XII e XIII, ambos da Lei nº 8.884/94. Em particular, a Globosat, por meio da recusa de venda do canal Sportv, estaria criando obstáculos ao acesso de novas empresas ao mercado, dificultando o funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente, e impedindo o acesso de concorrentes à fonte de insumo. Essas condutas imputadas à Globosat referiam-se à concorrência entre programadoras de canais para televisão por assinatura e o efeito de suas estratégias sobre o mercado a jusante (*downstream*) de operadoras de televisão por assinatura.

A conduta em investigação é de recusa de venda, a qual não necessariamente consiste em um direito transferido contratualmente, como normalmente são as restrições verticais. Entretanto, a estratégia de recusa de venda é normalmente interpretada como uma restrição vertical (Motta, 2004) por seus efeitos semelhantes, em particular de fechamento de mercado. Em última análise, uma recusa de venda equivale ao direito de exclusividade da contraparte (i.e., a situação equivale a um direito de exclusividade detido pela NET com relação à contratação do canal Sportv), sendo, portanto, analisada pelos mesmos fundamentos.

Diversos outros assuntos tangenciaram este processo administrativo, mas não foram objeto de instrução e de defesa, não podendo fazer parte do escopo de eventual repressão por parte do Cade. Por exemplo, exclusividade de direitos de transmissão dos principais eventos esportivos nacionais, cláusulas de renovação preferencial (*english clauses*), bem como a conduta de venda em pacote (*bundling*) de canais de televisão por assinatura, são práticas comuns e relevantes ao desempenho da indústria de televisão por assinatura, mas não fizeram parte do escopo deste processo administrativo.⁹ Ainda assim, esses temas são abordados a seguir, para fins de compreensão do mercado e do desenho de remédios.

Características do Mercado de Televisão por Assinatura

A cadeia de produção dos serviços de televisão por assinatura contém diversas atividades sequenciais verticalmente separáveis. Essas atividades podem ser representadas

⁹ Obviamente, o SBDC pode abrir investigação com relação à licitude dessas condutas, o que, de fato, ocorreu com relação a algumas delas.

de modo simplificado por quatro etapas da cadeia produtiva, conforme ilustrado na Figura 1.

A primeira etapa é constituída pela produção de conteúdo audiovisual a ser veiculado na televisão por assinatura, cujos agentes, por exemplo, são produtores de filmes, shows, seriados, etc. Frequentemente, as empresas que atuam nessa etapa são verticalmente integradas à segunda etapa da cadeia produtiva: a de programação de canais. Conforme consta no Informe da Anatel¹⁰, a programação constitui a atividade de agrupar determinados conteúdos audiovisuais em canais que obedecem a uma temática específica (variedades, filmes de lançamento recente, esportes etc.), obedecendo a uma grade horária própria, de acordo com as estratégias de editoração. As empresas que operam nessa etapa são denominadas “programadoras”, que podem ser subsidiárias de programadoras estrangeiras, como HBO e Fox; programadoras nacionais que ofertam mais de um canal, como a Globosat, e a Newco (do Grupo Bandeirantes); e programadoras nacionais dedicadas a apenas um canal, tendo como exemplos a Fundação Padre Anchieta (Canal Rá Tim Bum), a RBS (Canal Rural) e a Climatempo.

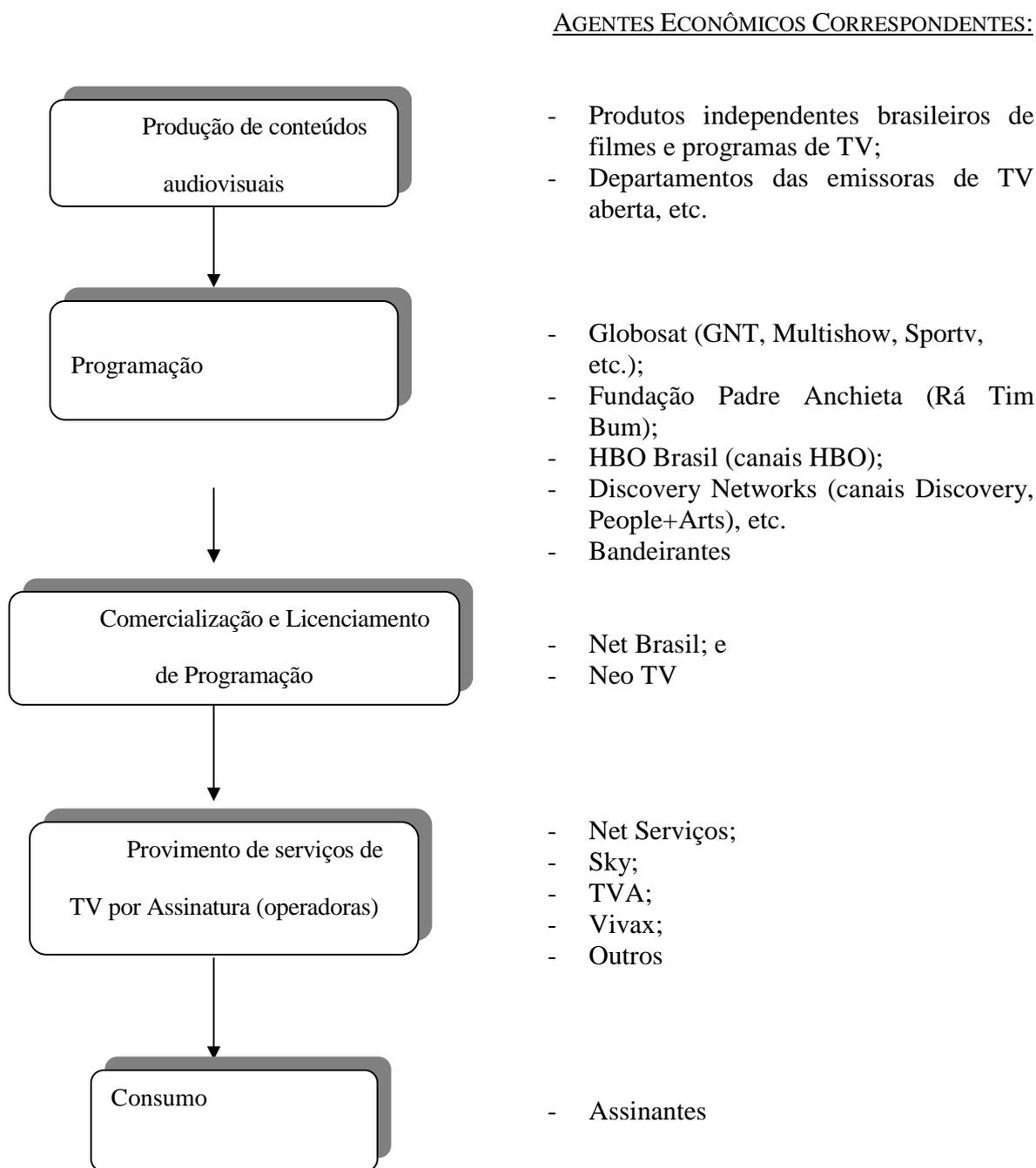
Os canais são, por sua vez, comercializados e licenciados para a distribuição final ao consumidor. Nessa etapa operam a Neo TV, representante no processo administrativo, e a Net Brasil S.A., vinculada às Organizações Globo. Finalmente, a quarta etapa da cadeia produtiva consiste no provimento de serviços de televisão por assinatura aos consumidores finais, sendo as empresas nela atuantes denominadas “operadoras”. Entre estas destacam-se a Net Serviços de Comunicação S.A. e suas afiliadas, as associadas à Neo TV, tais como TVA e Vivax¹¹, a SkyBrasil e operadoras independentes¹².

¹⁰ Informe nº 70/CMLCE/ANATEL, de 16 de agosto de 2005, fls. 2650/2737.

¹¹ Posteriormente, a Vivax foi adquirida pela NET.

¹² Entre outras diferenças, as operadoras se distinguem pelo tipo de tecnologia empregada para a transmissão de seus sinais, que pode ser via cabo, MMDS ou DTH.

Figura 1
Cadeia Produtiva da Indústria de Televisão por Assinatura no Brasil



As condutas investigadas são imputadas a uma programadora, a Globosat, com possíveis efeitos sobre o mercado de operadoras de televisão por assinatura. Segundo

alegado, a Globosat estaria restringindo o acesso ao canal Sportv e, indiretamente, aos eventos esportivos nele transmitidos, apenas a operadoras de TV por assinatura a ela coligadas, franqueadas ou afiliadas. A denúncia encaminhada ao SBDC, portanto, fundava-se na recusa dessa representada em livremente comercializar o referido canal, situação que, para a Neo TV, afetaria de imediato a concorrência no setor de televisão por assinatura.

O futebol foi citado em função de sua especial importância para o consumidor brasileiro. Em razão disso, ressaltou a representante que, diante da impossibilidade de outros canais esportivos transmitirem os principais campeonatos de futebol, o canal Sportv teria se tornado insubstituível, bem como os canais Premiere Esportes (componentes do sistema *pay-per-view*). Dessa realidade decorreria a gravidade da recusa da livre comercialização, pois envolveria, para a denunciante, um insumo essencial.

As operadoras de televisão por assinatura (e.g. NET, TVA e outras) concorrem por diferenciação, baseada na qualidade da prestação de serviços e, sobretudo, no *mix* de canais ofertados. Em se tratando de produtos diferenciados, a concorrência entre operadoras é desejável não apenas por disciplinar o nível de preços, como também estimular inovações na composição do *mix* de canais e em serviços agregados, que implicam a melhoria do bem-estar dos consumidores.

Canais de esportes tendo por conteúdo os principais eventos esportivos nacionais, particularmente o futebol, são componente fundamental do *mix* de canais. Operadoras que não dispõem de algum componente de seu *mix* de canais, que seja comparável ao de operadoras concorrentes, não possuem os meios suficientes para competir nesse tipo de mercado. É, portanto, condição necessária à concorrência entre operadoras de televisão por assinatura o acesso a canais variados e de conteúdo comparável, embora não idêntico. Essa constatação nos remete ao mercado de programadoras de canais para televisão por assinatura, para o qual são detalhadas a seguir duas características relevantes ao entendimento deste caso: a) mercado de dois lados e b) concorrência no segmento de canais de esportes.

As programadoras de televisão por assinatura têm sua renda derivada de dois mercados relacionados, o que é denominado na literatura econômica por “mercado de dois

lados”. Segundo Motta (2004)¹³, mercados de dois lados são aqueles em que a concorrência depende do atendimento a dois tipos de consumidores que interagem entre si por meio de uma plataforma comum, como é o caso do mercado de cartões de crédito, em que empresas precisam atrair simultaneamente lojistas e consumidores.

No caso das programadoras de televisão por assinatura, a receita depende, de um lado, da venda de seus canais para a sua posterior distribuição a consumidores finais. De outro, é crescentemente relevante a venda de espaço de propaganda, seja por inserção em intervalos comerciais, seja por variadas formas de *merchandising* e patrocínio ainda na etapa de geração de conteúdo¹⁴. Ambos os mercados são umbilicalmente relacionados, uma vez que a disposição a pagar pelo espaço de propaganda depende do universo de espectadores do programa veiculado pela televisão por assinatura. Quanto maior a audiência, maior impacto terá a propaganda e, portanto, maior a disposição a pagar pela inserção publicitária¹⁵. Aqui reside o típico *trade-off* na precificação de mercados de dois lados. Mesmo no caso em que um aumento do preço da assinatura acarrete uma elevação da receita neste mercado – ou seja, caso em que a elasticidade-preço da demanda é menor do que um –, a esperada diminuição do número de assinantes reduz a disposição a pagar pela propaganda, reduzindo o faturamento no segundo mercado. É interessante notar que a recusa de venda provoca perdas nos dois mercados – de assinantes e de propaganda –, de sorte que essa estratégia somente é rentável se dela decorrerem ganhos de outra natureza.

Essa característica de um mercado de dois lados confere uma importante propriedade ao padrão de concorrência em televisão por assinatura. Os critérios de editoração de um canal ou de múltiplos canais obedecem não apenas às características e desejos da demanda por parte de assinantes, mas também ao perfil do mercado de propaganda. Esta, por sua vez, não se restringe à propaganda veiculada nos intervalos

¹³ MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, p. 616.

¹⁴ Esta é mais uma diferença entre o mercado de televisão aberta e o mercado de televisão por assinatura, uma vez que o primeiro apóia-se integralmente no segundo mercado.

¹⁵ O preço da propaganda é dado por aquilo que Hebert Simon previu ser a maior escassez do século XXI: a atenção das pessoas, nesse caso, dos consumidores. À medida que aumenta a sobrecarga de informação (*information overload*), cresce o valor associado à atenção dos consumidores e, portanto, a disposição a pagar pela exposição na mídia.

comerciais, mas inclui formas de patrocínio, inserção virtual e *merchandising*, sendo relevante para explicar os modelos de empacotamento de conteúdo audiovisual¹⁶.

O segundo ponto a se destacar na concorrência entre programadoras é o segmento de canais com conteúdo esportivo, foco deste processo administrativo. Para que a recusa de venda deste tipo de canal tenha efeitos deletérios à concorrência entre operadoras, deve necessariamente haver inviabilidade de substituição em bases comparáveis do conteúdo do canal Sportv. Havendo concorrência na oferta de canais de esportes, com conteúdo comparável, não há por que se falar em impedimentos à concorrência, derivados do acesso a conteúdo, no mercado de operadoras.

Os requisitos tecnológicos para a produção de canais de esportes, bem como o acesso a talentos humanos para a composição de seu conteúdo audiovisual, não constituem barreiras à entrada relevante nesse mercado. Ao contrário, a convergência tecnológica digital, assim como os mecanismos disponíveis para identificação de talentos, permite que esse mercado seja potencialmente cada vez mais competitivo. Entretanto, os direitos de transmissão de eventos esportivos de primeira relevância – em particular, no caso do Brasil, o futebol – são ativos fundamentais à concorrência e irreproduzíveis. Para que uma programadora possa concorrer nesse mercado de produtos diferenciados, ela deve contar com alguma oportunidade de diferenciação, o que implica o acesso a, ao menos, algum direito de transmissão de eventos esportivos de primeira relevância.

A Globosat, ao deter os direitos exclusivos de todos os campeonatos de futebol relevantes no Brasil (Campeonato Brasileiro, Copa do Brasil, Campeonato Paulista, Campeonato Carioca, Campeonato Mineiro, Campeonato Gaúcho, Copa Sul-Americana), fechou as possibilidades de diferenciação competitiva de seus concorrentes na produção de canais esportivos com conteúdo nacional.

A esse respeito, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), à fl. 26 de seu parecer, afirmou que:

“Dado que o futebol é o esporte de maior apelo nacional, tem-se que a Globosat possui uma grande vantagem competitiva, ao deter os direitos de transmissão dos principais campeonatos de futebol do país. Disso decorre a clara superioridade do

¹⁶ A rigor, o canal já é uma forma de empacotamento do conteúdo audiovisual, de modo seqüencial e contínuo, sem sobreposição de conteúdo em um mesmo instante do tempo. É importante destacar o trabalho

canal Sportv sobre os demais canais esportivos, o que se reflete nos maiores índices de audiência obtidos por esse canal”¹⁷.

Ao inviabilizar a oferta de canais de esportes alternativos e comparáveis ao Sportv e Premiere Esportes, a Globosat impossibilitava a concorrência de operadoras que não tinham acesso ao conteúdo por ela gerado. Note-se que os direitos de exclusividade não constituem, *a priori*, uma infração à ordem econômica. Trata-se de um mecanismo legítimo de diferenciação, com ampla utilização em todo o mundo. Entretanto, o domínio sobre parte substancial desses direitos de exclusividade poderia impedir as oportunidades de diferenciação de concorrentes, o que constituiria uma conduta anticompetitiva.

O fechamento de mercado era, portanto, possível e racional por parte do grupo econômico dominante, as Organizações Globo. Alegações de eficiência na estratégia de recusa de venda eram de difícil sustentação e tomou pouco tempo da defesa da representada. O custo marginal da transmissão do canal Sportv era, como usual nos mercados de conteúdo audiovisual, desprezível, uma vez que os custos de produção eram os mesmos com ou sem a venda para outras operadoras. Alguns direitos de transmissão de eventos esportivos podiam ter seu custo vinculado à extensão de sua veiculação, mas ainda assim seus custos marginais seriam inferiores ao valor auferido pela agregação de novos consumidores. Este valor, adicionalmente, era ainda maior por se tratar de um mercado de dois lados. Recusar a venda do canal Sportv não apenas retirava da sociedade o valor associado aos consumidores finais que não tinham acesso a esse canal, como também reduzia o valor do espaço de propaganda, tanto maior quanto maior a audiência. Finalmente, tampouco era sustentável a argumentação de que o valor de ativos intangíveis (e.g. marca) de NET ou Sky estaria associado à exclusividade dos canais Globosat, de tal modo que a recusa de venda teria o papel de assegurar a preservação desse valor. Esse argumento caberia, na verdade, à idéia de proteção da renda de monopólio artificialmente criada pelo acesso exclusivo ao conteúdo esportivo do canal Sportv, não sendo, obviamente, fonte de defesa, mas de caracterização do ilícito.

editorial em conferir ordem ao empacotamento, o que é bastante intuitivo em um único canal, mas também ocorre no empacotamento de conteúdo audiovisual em múltiplos canais.

¹⁷ É importante frisar que os direitos de transmissão aqui considerados são parte dos ativos da Globosat e, como tal, são relevantes para a análise da concorrência no mercado de programadoras, mesmo não sendo a exclusividade desses direitos a conduta investigada.

Do desenho do TCC

O desfecho deste processo administrativo se deu por meio de TCC, acordo por meio do qual a representada se compromete com uma série de obrigações negativas e positivas, em troca da suspensão do processo administrativo e, em se constatando o pleno cumprimento do acordo, o seu conseqüente arquivamento. A discussão que se segue detalha os prós e contras das alternativas de remédio propostas ao longo do processo administrativo e, por conseguinte, fundamenta o desenho do TCC.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Procuradoria do Cade (ProCade) manifestaram-se de modo uníssono na caracterização da ilicitude da conduta imputada à Globosat, porém propuseram remédios distintos para atenuar os prejuízos à concorrência decorrentes da recusa de venda do canal Sportv. Em síntese, foram levantadas três alternativas para o problema. A Seae, primeiro órgão parecerista, sugeriu a venda do canal Sportv em bases não-discriminatórias, com a finalidade de dotar as operadoras de televisão por assinatura não-vinculadas ao sistema NET de condições de concorrência. A SDE, por sua vez, ao propor a venda do canal Sportv em bases não-discriminatórias, considerou procedente a sua vinculação à compra do pacote de canais Globosat – constituído pelos canais Sportv 1, Sportv 2, Globonews, GNT e Multishow –, uma vez que este é o modelo de venda da Globosat às afiliadas da NET. Finalmente, a ProCADE sugeriu a liberação do sinal dos eventos esportivos nacionais de primeira relevância.

Embora a primeira alternativa, proposta pela Seae, seja a mais diretamente vinculada ao objeto do processo administrativo – recusa de venda do canal Sportv –, havia três possíveis problemas em sua adoção. Primeiro, o modelo de negócios utilizado pela Globosat para comercializar os seus canais envolve um preço único para todo o pacote de canais, o que decorre não somente das características da demanda por assinatura de canais, mas também do padrão de comercialização de propaganda. Em se tratando de um mercado de dois lados, a definição das fronteiras do produto (desenho do pacote) depende das características dos dois mercados – no caso, de assinantes e de propaganda. Como as empresas negociam os contratos de propaganda por um bloco de canais, o rompimento do

modelo de negócio apresenta problemas bastante complexos de precificação e de custos de renegociação de contratos privados, que podem ferir o princípio de mínimo ônus da intervenção pública. Ademais, como as afiliadas da NET adquirem esses canais na forma de pacotes, a venda em separado dos canais de esportes da Globosat representaria uma discriminação nas condições de compra por parte de operadoras, justamente o que se pretendia evitar neste processo.

Segundo, é característica do mercado de televisão por assinatura a diferenciação, cujas bases podem ser sustentadas por contratos de exclusividade, como aqueles realizados entre a Globosat e a NET Brasil. O problema no caso em pauta decorre do fechamento das possibilidades de diferenciação de concorrentes e não da ilegitimidade intrínseca da exclusividade. Ao se impedir definitivamente a diferenciação pelo *mix* de canais, o remédio agora proposto reduz as possibilidades de concorrência por diferenciação e inovações na composição desse *mix*. Por esse motivo, é desejável impor um limite temporal à comercialização compulsória dos canais de esportes. Para tanto, é necessária alguma provisão que assegure as condições de entrada no mercado de conteúdo de canais esportivos no longo prazo e permita o desenvolvimento de canais alternativos ao Sportv em condições de concorrência.

Terceiro, a constatação de que os canais de esporte da Globosat, que carregam o conteúdo exclusivo dos principais campeonatos brasileiros, são elementos essenciais à concorrência no mercado de televisão por assinatura, aliada à comercialização em bases não-discriminatórias desses canais, deve agravar as condições já precárias de concorrência no mercado a montante, de produção de canais com conteúdo esportivo nacional. O mercado de conteúdo é potencialmente competitivo, se forem salvaguardadas as condições de acesso às oportunidades de diferenciação, em particular dos direitos exclusivos de transmissão dos principais eventos esportivos nacionais. Na ausência de solução para esse problema – ou seja, no caso de uma única empresa fechar as oportunidades de diferenciação de seus concorrentes – a comercialização compulsória dos canais Globosat sancionaria um monopólio na produção de conteúdo esportivo nacional.

A proposta da SDE, por sua vez, de comercialização em bases não-discriminatórias do pacote de canais da Globosat (Sportv 1, Sportv 2, Globonews, GNT, Multishow) e do sistema *pay-per-view*, tinha o mérito de respeitar o modelo de negócio em curso no

mercado de televisão por assinatura, garantindo às concorrentes das operadoras coligadas à Globo as mesmas condições de acesso aos canais de televisão. Em contrapartida, seu efeito negativo sobre a concorrência no mercado de conteúdo (o segundo problema apontado no remédio anterior) é ampliado, sendo estendido para além da produção de canais de esporte com conteúdo nacional, incluindo todos os mercados de que participam os demais canais Globosat, como canais de notícias e entretenimento.

O balanço entre os efeitos positivos e negativos dessa alternativa não é de avaliação trivial. Entretanto, é certo que os seus efeitos negativos sobre a concorrência dependem do tempo de duração da medida, de tal modo que sua vigência por curto período não comprometeria a concorrência no longo prazo. A sobrevivência dos canais com conteúdo concorrente aos canais do pacote Globosat – como, por exemplo, ESPN, BandSports e BandNews – estaria comprometida se perdurasse o caráter de veículo único de transmissão de eventos esportivos relevantes dos canais Sportv e Premiere Esportes e todas as operadoras tivessem acesso por tempo indeterminado ao pacote Globosat. Entretanto, se a medida vigorasse por um curto período, não seria plausível que as operadoras não vinculadas ao Sistema NET retirassem de seu *line up* os canais concorrentes ao pacote Globosat.

Finalmente, a alternativa de comercialização obrigatória do sinal dos eventos esportivos nacionais de primeira relevância, proposta pela ProCade, tinha o mérito de focar na causa primária das condições adversas à concorrência na oferta de canais com conteúdo esportivo e, em segunda instância, no mercado de operadoras de televisão por assinatura. Se não houvesse fechamento das oportunidades de diferenciação no mercado de canais esportivos – i.e., não houvesse domínio dos direitos de exclusividade sobre os eventos esportivos nacionais de primeira relevância – as condições de entrada e de concorrência seriam melhores. Havendo oferta de canais de esportes capazes de concorrer com os canais da Globosat, estaria eliminado o principal entrave à concorrência no mercado de operadores de televisão por assinatura.

Em que pese focar na causa do problema concorrencial, esta alternativa implicava custos de implementação de tal magnitude que poderia tornar a intervenção ineficaz. Como primeiro problema, não havia preço de mercado ou objetivamente determinado que servisse de base para a comercialização compulsória dos sinais. Qualquer definição dos preços, por

meio de arbitragem ou leilão, exigiria tempo e recursos para a sua implantação, além das prováveis imperfeições associadas à forma de venda escolhida. Adicionalmente, vigoravam diversos contratos de propaganda – que incluíam propaganda virtual e, portanto, incorporada ao sinal –, cuja veiculação é negociada tendo-se como referência o conjunto de canais e os demais participantes da grade de anunciantes. Uma interferência na liberação dos sinais audiovisuais dos eventos esportivos poderia provocar uma intensa e custosa renegociação de contratos. Além disso, uma intervenção nos direitos de exclusividade de direitos esportivos extrapolava o escopo do processo administrativo, que versava sobre a recusa de venda do canal Sportv e não sobre a aquisição de direitos de transmissão de eventos esportivos, limitando as possibilidades de repressão unilateral no âmbito deste processo administrativo.

Além disso, os direitos de exclusividade detidos pela Globosat afetavam outros elementos relevantes à concorrência, tais como o direito de acesso aos gramados e vestiários, de entrevistas com jogadores e técnicos, de definição dos jogos a serem transmitidos, da seleção de cenas, entre outros. Desse modo, a comercialização compulsória dos sinais dos eventos esportivos não resolveria por completo a assimetria entre as empresas produtoras de canais esportivos.

Tendo esses argumentos como fundamento, o Cade orientou o desenho do TCC pela redução dos custos de implementação da medida, por meio da preservação do modelo de negócio, no curto prazo, e a solução da causa primária dos prejuízos à concorrência, qual seja, o fechamento das oportunidades de diferenciação na concorrência entre canais de esportes com conteúdo nacional, no longo prazo. Para tanto, o acordo continha duas partes. A primeira, em linhas gerais, tratava de uma solução provisória para a concorrência entre operadoras de televisão por assinatura: a comercialização em bases não-discriminatórias do pacote Globosat e canais Premiere Esportes, com vigência para os anos 2006, 2007 e 2008, período em que a Globosat manteria os direitos de exclusividade sobre os eventos esportivos nacionais de primeira relevância e aos quais havia contratos privados atrelados. A expectativa do Conselho era que essa duração de tempo seria suficiente para viabilizar a diferenciação competitiva de canais concorrentes ao Sportv, sem implicar prejuízos à sobrevivência dos canais que já se encontravam em operação, concorrentes ao pacote

Globosat, e que sobreviviam no estreito mercado de operadoras não filiadas ao sistema NET.

A segunda medida focava em eventual uso anticompetitivo de direitos de exclusividade de eventos esportivos nacionais de primeira relevância, nos anos de 2009, 2010 e 2011, período em que o exercício desses direitos seriam restritos a, no máximo, (i) 2 (dois) dos 5 (cinco) principais torneios de futebol de interesse nacional¹⁸, ou, a critério da compromissária, (ii) 3 (três) dos 5 (cinco), não sendo, neste caso, permitida a exclusividade conjunta do Campeonato Brasileiro e da Copa do Brasil. Este período foi considerado suficiente para a consolidação de concorrentes aos canais Sportv, sem estabelecer uma restrição excessivamente longa para um mercado sujeito a profundas e imprevisíveis transformações tecnológicas e negociais, como é o caso da televisão por assinatura.

Como resultado dessas obrigações, a Globosat passou a distribuir seu pacote de canais para outras operadoras, algumas já atuantes, como a TVA, e outras entrantes, como a Telefonica TV. Ao final dos três anos de vigência da restrição de obrigatoriedade de venda em bases não discriminatórias, o acesso à programação de eventos esportivos de primeira relevância não era mais um elemento de exclusão na concorrência entre as operadoras de televisão por assinatura. A medida foi suficientemente profunda para modificar de modo permanente o modelo de negócio, de tal modo que a Globosat continuou a vender seus canais a empresas não coligadas à Globo, mesmo após estar desobrigada de fazê-lo. Em outras palavras, seus ativos intangíveis, que serviam antes para limitar a capacidade de concorrência de operadoras não coligadas a seu grupo, passaram a ser explorados em maior intensidade, expandindo a sua veiculação por outras operadoras.

Com o início de vigência da segunda parte do TCC, em janeiro de 2009, a Globosat passou a compartilhar alguns direitos de exclusividade de eventos esportivos com canais concorrentes, em particular a ESPN Brasil. No momento em que este artigo é redigido não é possível ainda avaliar as conseqüências dessa medida sobre a criação de concorrência de canais esportivos que rivalizem com o Sportv. As informações preliminares indicam que as condições concorrenciais nesse mercado são melhores do que as prevalecentes antes da decisão do Cade, mas provavelmente ainda insuficientes para criar condições de forte rivalidade entre os canais de conteúdo esportivo.

¹⁸ Campeonato Brasileiro, Copa do Brasil, Libertadores da América, Campeonato Paulista e Carioca.

4.2. *Shopping Iguatemi: cláusula de exclusividade e de raio*

O Shopping Center Iguatemi (“Iguatemi”) foi alvo de dois processos administrativos versando sobre o emprego de restrições verticais junto a lojistas, tendo sido condenado em ambos. O primeiro¹⁹, julgado em 2003, dizia respeito a cláusulas de exclusividade, majoritariamente junto a lojas de grife, que vedavam lojistas de se instalarem em *shoppings centers* concorrentes ao Iguatemi, ou seja, *shoppings* de alto padrão, situados nas regiões sul e oeste do município de São Paulo.

O segundo²⁰, julgado em 2007, tratava das cláusulas de raio, tão comuns em contratos de locação em *shopping centers* e em contratos de *franchising*. Este caso, diferentemente do primeiro, contou com parecer favorável da SDE, que concluía pela licitude da conduta, recomendando o arquivamento do processo administrativo. Essa posição foi posteriormente revertida no Cade, que, embora reconhecesse a existência de ganhos de eficiência decorrentes da restrição vertical, considerou-os insuficientes e desproporcionais à restrição à concorrência que lhe seria ancilar. A apresentação que se segue aborda apenas o caso da cláusula de raio, tanto por seu interesse acadêmico na aplicação da regra da razão, quanto por seu ineditismo. O primeiro caso já foi apresentado em duas publicações, com perspectivas antagônicas (Azevedo, 2004; Santacruz, 2008), sendo dispensável maior aprofundamento.

Os contratos de locação do Iguatemi utilizavam, de modo generalizado, cláusula de raio padrão, que impedia os lojistas de instalarem outro estabelecimento em um raio de 2,5 quilômetros de distância do Iguatemi. Há, de modo incontroverso, benefícios e custos sociais associados a este tipo de restrição vertical. De um lado, a cláusula de raio é uma restrição à concorrência, visto que transfere a uma única empresa (o *shopping center*), os direitos de diversos lojistas se instalarem em uma determinada área. Uma vez que o *mix* de lojas é um importante atributo de diferenciação e concorrência entre *shopping centers*, a

¹⁹ Processo Administrativo 08012.009991/98-82, de relatoria do Conselheiro Roberto Pfeiffer.

²⁰ Processo Administrativo nº 08012.006636/97-43, de relatoria do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Embora este processo tenha sido julgado quatro anos após o primeiro, sua instauração foi anterior, no ano de 1997. Não há nenhum elemento nos autos que indique o porquê desta maior demora na instrução.

cláusula de raio limita o acesso de *shoppings centers* concorrentes a lojistas, podendo debilitar a concorrência na área sob proteção.

Por outro lado, a cláusula de raio coíbe um comportamento oportunista de lojistas, comportamento este que retira os incentivos para que *shopping center* e lojistas, como um todo, maximizem o valor do negócio que compartilham. Na ausência da cláusula de raio, um lojista poderia se apropriar dos benefícios coletivos da aglomeração de lojas e do provimento de bens coletivos por parte do *shopping center*. Estes são financiados pelo pagamento do aluguel, que contém um componente fixo e outro variável conforme o volume de vendas (*royalties*). Se um lojista monta um segundo estabelecimento ao lado do *shopping center*, ele, ao mesmo tempo que se aproveita do fluxo de consumidores nesse espaço, pode desviar suas vendas para a sua loja ao lado, evitando o pagamento de *royalties*. Esse comportamento é prejudicial ao coletivo, pois erode a sua fonte de financiamento e, assim, reduz a capacidade de o empreendimento atrair consumidores e ofertar bens coletivos. A cláusula de raio, ao impedir esse comportamento oportunista, cria valor, sendo este o benefício social que deve ser contraposto às eventuais perdas sociais a ela associadas.

As condições para existência de prejuízo à concorrência estão presentes no caso do Iguatemi, a exemplo do que já havia sido concluído no caso de contratos de exclusividade com lojas de grife. O Iguatemi é um *shopping* verticalmente diferenciado, com clara posição dominante, objetivamente mensurada pela sua capacidade de cobrar substancialmente mais pelo espaço locado do que *shoppings* congêneres. Restava mostrar se o fechamento de mercado era possível e racional do ponto de vista econômico.

Vários fatos trazidos pela própria representada indicavam a existência de ameaça de entrada no segmento de *shoppings* de alto padrão, tais como investimento em melhoria da qualidade de *shoppings* existentes, procurando atrair os segmentos de mais alta renda, e mesmo planos de investimento de *shopping* concorrente. Ao contrário de servir à defesa, esses dados compõem o conjunto de fatos que conferem racionalidade à conduta anticompetitiva. Em uma situação em que a empresa que ainda detém uma posição dominante vê crescer a ameaça à sua posição, as estratégias de bloqueio à entrada ganham racionalidade. Além disso, algumas evidências pontuais, tais como tentativas abortadas ou constrangidas de lojistas que desejavam se instalar no Shopping Eldorado e em projeto de

shopping de alto padrão situado dentro do raio de 2,5 quilômetros, corroboravam esse entendimento.

Sendo claro que havia prejuízos à concorrência, era necessário contrapor tais prejuízos com os benefícios que, de modo incontroverso, estão associados às cláusulas de raio. Em uma abordagem simplificada, essa ponderação pode ser feita por meio da análise da dimensão do raio. Se este for muito pequeno, os prejuízos à concorrência serão proporcionalmente menores, mas os benefícios de se evitar que lojistas instalem uma loja *ao lado* do *shopping center* são proporcionalmente maiores, o suficiente para se concluir pela licitude da conduta. Se o raio for muito grande, os prejuízos à concorrência crescem conforme cresce a área protegida, enquanto os benefícios crescem proporcionalmente menos (por que o ganho do desvio do consumo é fixo e o custo de deslocamento do consumidor cresce com o raio). Como consequência, há abstratamente uma determinada extensão do raio que torna o benefício e o custo sociais equivalentes, sendo raios menores admissíveis e raios maiores prejudiciais ao bem-estar do consumidor.

Obviamente, é virtualmente impossível determinar com precisão essa linha divisória. No caso concreto, entretanto, a desproporcionalidade do raio utilizado era de tal magnitude que não foi necessário grande aprofundamento para que o Cade concluísse pela ocorrência de ilícito. A área protegida por “apenas 2,5 quilômetros de raio” corresponde a 19,635 quilômetros quadrados, o equivalente a uma fazenda de 804,71 alqueires ou aproximadamente 2800 campos de futebol. Onde? Na área mais nobre da maior metrópole da América do Sul. Uma das áreas de maior densidade econômica do mundo. Adicionalmente, não é possível sustentar que a conduta oportunista que a cláusula de raio procura evitar necessita de tão larga extensão. No caso concreto, a área protegida abrange região situada na outra margem do rio Pinheiros, distante a aproximadamente oito quilômetros do Iguatemi, a serem percorridos no trânsito paulistano; região esta que era receptora de projeto de *shopping center* de alto padrão, concorrente potencial do Iguatemi. Não é plausível que um consumidor que estivesse no Iguatemi, atraído pela agregação de lojas e bens coletivos, se decidisse por uma compra e desviasse o seu consumo para estabelecimento situado a meia hora de distância, em dias de bom trânsito.

Uma vez constatada a desproporção entre a área protegida (prejuízo à concorrência) e aquela necessária para mitigar eventual comportamento oportunista de lojistas (benefícios

da conduta), o Cade concluiu pela condenação do Iguatemi. Dada a primeira condenação por uso de cláusula de exclusividade, o Cade considerou o Iguatemi reincidente. Embora este fizesse uso de instrumentos diferentes – cláusulas de exclusividade e cláusulas de raio – a conduta foi tipificada do mesmo modo, uso de restrições verticais para fins de fechamento de mercado e bloqueio à entrada, cabendo a punição em dobro por reincidência.

4.3. Caso Ambev – Tô Contigo

O caso Ambev ganhou notoriedade por resultar na maior multa já aplicada a uma única empresa por qualquer agência reguladora brasileira²¹. Seu interesse, contudo, ultrapassa esse aspecto, visto ser o primeiro caso de condenação de um programa de fidelidade, cujo mecanismo de exclusão não deriva diretamente de seus termos contratuais, mas dos efeitos econômicos que decorrem de uma política de descontos ou premiação.

Com a finalidade alegada de incentivar o desempenho de pontos de venda, a Ambev criou o programa Tô Contigo, que definia um sistema de pontuação conforme o desempenho do ponto de venda, pontuação esta que era posteriormente convertida em prêmios e descontos. Práticas dessa espécie podem se justificar quando estão associadas à criação de incentivos a comportamento da contraparte que implique criação de valor na relação vertical. Por exemplo, se ações do ponto de venda podem colocar o valor de uma marca em risco (e.g. não acondicionar adequadamente o produto, implicando sua deterioração), há ganhos em se incentivar o ponto de venda a preservar o valor da marca. Nesse tipo de situação, a premiação ao ponto de venda pode gerar eficiências, algumas vezes substanciais.

Entretanto, um programa de fidelidade, com descontos conforme o volume consumido, pode ter consequências negativas sobre a concorrência. Métodos de precificação não-linear (i.e. que impliquem preços diferentes para diferentes quantidades) podem transformar uma concorrência por unidades e uma por lotes. Estes, por sua vez, podem ser suficientemente grandes para inviabilizar a concorrência por parte de empresas

²¹ Esse resultado deveu-se mais ao faturamento da Ambev do que à intensidade da punição, definida em 2% do faturamento bruto da empresa. Casos de cartel são normalmente considerados ilícitos mais graves do que condutas unilaterais, entre as quais as restrições verticais se encontram, podendo atingir a punição máxima de 30% do faturamento.

de menor porte, tendo o efeito exclusionário e de bloqueio ao crescimento de empresas concorrentes. Esta foi a linha de investigação conduzida pela SDE no caso Tô Contigo. O mecanismo de exclusão decorre da associação de descontos por fidelidade à elevadíssima participação de mercado da Ambev, de aproximadamente 70%. A partir de um pequeno desconto concedido aos pontos de venda ‘fieis’, da ordem de 3%, empresas concorrentes, na mais conservadora das hipóteses, teriam de conceder descontos de 7% em seus produtos, apenas para igualar o efeito dos incentivos da Ambev. Esse montante – equivalente a uma queda de faturamento na mesma proporção – pode ser suficiente para inviabilizar economicamente as atividades de concorrentes.

Como agravante e de especial importância no julgamento do caso, ficou constatado, por documentos obtidos em inspeção junto à empresa, que a implementação do programa criava efeitos de exclusividade, embora o programa não fizesse qualquer menção explícita a isso. Entretanto, as provas obtidas pela SDE, que expunham a prática dos vendedores da Ambev junto aos pontos de venda, indicaram de modo inequívoco que a premiação estava associada à obrigação de exclusividade.

Dada a incontestada posição dominante da Ambev, os prejuízos à concorrência que decorriam da prática e a implausibilidade dos argumentos a respeito da existência de eficiências substanciais na conduta investigada, o Cade, por unanimidade, condenou a representada.

4.4. Rio Madeira

Talvez a decisão do Cade de maior e mais imediato efeito sobre a economia brasileira tenha sido o TCC firmado no caso Rio Madeira²². Este processo administrativo investigava ocorrência de ilícito em contratos de exclusividade realizados pela Construtora Norberto Odebrecht S.A., que teria efeito de fechamento de mercado nos leilões de concessão das usinas hidroelétricas de Santo Antônio e Jirau, no Rio Madeira.

Este caso exigia uma resposta urgente, por conta da realização próxima de leilão para concessão dessas usinas, cuja concorrência estava, de acordo com as evidências disponíveis, limitada a um único participante (Odebrecht). Este, representado no processo

²² Processo Administrativo nº 08012.008679/2007-98, de relatoria do Conselheiro Luís Fernando Schuartz.

administrativo, detinha contratos de exclusividade com três das quatro únicas empresas com capacidade de fornecer as turbinas necessárias à construção das usinas: Alstom, VA Tech e Voith Siemens. Além disso, a quarta empresa, a General Electric Company (GE), estava impedida contratualmente de participar diretamente dos leilões de concessão, se não em consórcio com a Odebrecht, embora estivesse liberada para fornecer turbinas para eventual consórcio vencedor.

As particularidades do caso o faziam especialmente suscetível ao uso de restrições verticais para fins de fechamento de mercado. Preocupações de ordem ambiental impediam que nas usinas hidroelétricas de Santo Antônio e Jirau fossem utilizadas turbinas convencionais, sendo necessárias turbinas de superfície, que permitem o trânsito de peixes, reduzindo prejuízos ao meio ambiente. Ocorre que apenas as quatro empresas citadas, em todo o mundo, tinham expertise e condições operacionais para fornecer esse tipo de equipamento. Como agravante, o investimento era de tal porte que eram necessários ao menos dois fornecedores, possivelmente três, para viabilizá-lo no prazo requerido.

Dessa forma, havia fortes indícios de fechamento de mercado. Tendo em vista a urgência do caso, dada a previsão de realização do primeiro leilão de concessão em cerca de três meses, a SDE instaurou o processo administrativo, em 14/09/2007, e, na mesma oportunidade, adotou medida preventiva extinguindo os efeitos de exclusividade dos contratos entre a Odebrecht e as quatro fornecedoras de turbinas de superfície. Essa medida foi, então, contestada judicialmente, mas terminou por resultar na celebração de TCC, em, 29/10/2007, por meio do qual, em linhas gerais, a Odebrecht renunciou aos direitos de exclusividade junto às quatro empresas. A GE foi imediatamente liberada, inclusive para participação em consórcio concorrente, enquanto as demais três empresas ficaram liberadas para fornecer equipamentos para consórcio concorrente que eventualmente vencesse os leilões.

O desenho do TCC contou com urgente e intensa participação de diversos órgãos de Estado, dada a complexidade técnica que envolvia. O impacto da medida pode ser constatado de imediato. Como bem relatam os técnicos do Cade envolvidos no caso, “este processo se destaca por ter sido uma atuação bem sucedida e coordenada de diversos órgãos: SDE, Cade, ANEEL, Ministério de Minas e Energia e Ministério Público. [...] No leilão, o lance vencedor, da própria Odebrecht, foi de R\$78,87/MWh enquanto o preço teto

calculado pelo MME era de R\$122/MWh. Segundo cálculos da SDE, a atuação proporcionou um deságio de 35,4%, com uma economia de até R\$16,4 bilhões diferidos nos 30 anos da concessão.”²³ O leilão seguinte foi vencido por consórcio concorrente, o que parecia absolutamente improvável nas condições contratuais anteriores. Este caso, como poucos, ilustra o alcance dos prejuízos que podem decorrer de condutas unilaterais baseadas em restrições verticais.

4.5. Sky-DirecTV

Um dos atos de concentração mais relevantes da década de 2000 foi o caso Sky-DirecTV, que reuniu dois gigantes na prestação de serviço de televisão por assinatura, por meio da tecnologia DTH, no Brasil. O caso consistiu em duas transações. Na primeira²⁴, realizada nos EUA, a News Corp., que já detinha participação minoritária na Sky Brasil, adquiriu 34% da DirecTV

Na segunda transação²⁵, a News Corp., aumentou a sua participação na Sky Brasil, adquirindo o controle de seu antigo sócio, as Organizações Globo, o mais importante grupo de mídia do Brasil, que permaneceu como sócio minoritário da empresa resultante. Como consequência, a segunda operação resultou, de um lado, em maior concentração horizontal e, de outro, na redução do controle vertical por parte da Globo, principal fornecedora de canais com conteúdo nacional para a Sky-DirecTV. A fim de manter algum controle vertical em assunto de seu interesse como produtora de conteúdo, a Globo preservou contratualmente alguns direitos de decisão relativos à aquisição de canais com conteúdo nacional pela nova empresa.

A transação afetou primariamente o mercado relevante de televisão por assinatura, o qual inclui também o serviço prestado por meio de outras plataformas tecnológicas, tais como televisão a cabo e MMDS. A preocupação central era a concentração horizontal que resultava da fusão, em particular nas regiões em que as tecnologias a cabo ou MMDS não eram disponíveis, nas quais a fusão gerava virtualmente um monopólio. Este tipo de

²³ Trecho de artigo em homenagem ao Conselheiro Luís Fernando Schuartz, de autoria de Henriksen, A.L.; Pereira, C.C. Lores, C., Albuquerque, C e Coutinho, S., publicado no Cade Informa nº 23, de 04 de Fevereiro de 2010 (<http://www.cade.gov.br/news/n023/>).

²⁴ Ato de Concentração nº 53500.002423/2003.

²⁵ Ato de Concentração nº 53500.029160/2004.

problema motivou uma série de restrições, entre elas uma restrição comportamental de precificação, do tipo concorrência *yardstick*, por meio da qual o preço nessas regiões não poderia ser superior ao praticado nas regiões onde havia maior concorrência.

Problemas relativos ao controle vertical também mereceram atenção e motivaram a adoção de remédios específicos por parte do Cade. O primeiro deles decorre de a News Corp., por meio de sua subsidiária Fox, ser um importante provedor de conteúdo (canais) para a televisão por assinatura. Como consequência, a empresa poderia fazer uso do controle vertical que detinha com a finalidade de preservar a sua posição dominante em ambos os mercados. Um segundo problema, como já mencionado, estaria no fato de a Globo poder fazer uso de seus direitos de decisão na Sky-DirecTV, de modo a bloquear a entrada ou desenvolvimento de concorrentes no mercado de conteúdo nacional.

Em síntese, o Cade optou por uma restrição estrutural, que retirava da Globo o poder de *gate keeper* na definição do conteúdo nacional a ser veiculado na Sky-DirecTV, e por uma restrição comportamental, que impedia a Fox de adquirir direitos de exclusividade sobre eventos esportivos nacionais. Conforme visto no caso Globosat, tais eventos consistiam em insumos irreprodutíveis e relevantes à concorrência por diferenciação entre programadoras de canais. Desse modo, procurava-se evitar que a concentração horizontal entre operadoras de TV por assinatura gerasse prejuízos à concorrência na produção de conteúdo.

4.6. Petrobras-White Martins (Consórcio Gemini)

Petrobras e White Martins firmaram, em 2005²⁶, uma *joint venture*, denominada Consórcio Gemini, com o intuito de explorar o incipiente mercado de gás natural liquefeito (GNL). A White Martins, embora detivesse posição dominante na indústria de gases industriais, era entrante na indústria de energia.

A Petrobras, em contrapartida, controlava a infraestrutura dutoviária de transporte de gás natural, bem como a produção e importação deste gás da Bolívia, a principal fonte de gás natural no Brasil. Adicionalmente, a Petrobras é monopolista na produção de gás liquefeito de petróleo (GLP), o substituto primário do GNL. Embora esta indústria de

²⁶ Ato de Concentração 08012.001015/2004-08, de relatoria do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos.

energia esteja sujeita à regulação por parte da Agência Nacional de Petróleo e Gás (ANP), esta não tem poderes regulatórios sobre os preços de gás natural e de GLP. Como consequência, o Cade considerou plausível que a Petrobras pudesse dificultar o acesso ao gás natural, por meio de discriminação de preços e condições negociais, a empresas de distribuição ou a futuros entrantes no mercado de GNL, em benefício do empreendimento do qual participava.

A *joint venture* gerava eficiências substanciais e trazia benefícios diretos aos consumidores. Tratava-se de um novo produto, que levava a energia do gás natural a consumidores de regiões ainda não atendidas pela logística de transporte em dutos, que exigem densidade de consumo suficiente para viabilizar economicamente esse tipo de infraestrutura logística. Além disso, os investimentos em plantas industriais dedicadas a liquefazer o gás natural são específicos ao projeto, requerendo, portanto, coordenação vertical estrita e salvaguardas a possíveis rompimentos contratuais. Em outras palavras, havia substanciais ganhos de eficiência associados ao controle vertical.

Considerando que as eficiências eram substanciais e evidentes, o SBDC optou por uma decisão que atenuava os riscos à concorrência, mas que mantinha os benefícios esperados da operação. A principal preocupação era que a Petrobras, por meio da manipulação do preço do gás natural, poderia favorecer a *joint venture* da qual participava em prejuízo aos distribuidores de gás natural ou entrantes potenciais na oferta de GNL. Adicionalmente, a *joint venture* oferecia a consumidores de grande porte contratos de longo prazo do tipo *take or pay*, os quais poderiam bloquear entrantes potenciais em GNL (Aghion e Bolton, 1987). Ao invés de um remédio estrutural, que ameaçaria a realização das eficiências da operação, o Cade determinou a transparência de informações sobre preços e contratos para potenciais entrantes, de modo a identificar prontamente eventual conduta ilícita. Em síntese, a opção do Conselho foi tolerar a relação vertical estrutural e, em contrapartida, reduzir os custos de detecção de eventual conduta anticompetitiva por parte da Petrobras e White Martins, por meio do Consórcio Gemini.

5. Conclusão

A relativamente curta experiência do SBDC na repressão a condutas unilaterais que têm por instrumento restrições verticais é surpreendentemente rica e consistente.

Surpreendente porque a experiência dos EUA, a mais madura das autoridades de defesa da concorrência, na mesma matéria, é marcada pela inconsistência, oscilando entre períodos de absoluta leniência com relação a essas práticas e períodos de forte restrição.

A controvérsia acadêmica que motivou as mudanças de humores da jurisprudência americana não parece ter afetado substancialmente a prática antitruste brasileira na análise de restrições verticais. Sempre tratadas no Brasil pela regra da razão, esse tipo de conduta pode resultar em ganhos de eficiência substanciais, justificando uma saudável parcimônia em sua condenação. Por outro lado, o possível efeito de fechamento de mercado é objeto de escrutínio rotineiro na prática antitruste brasileira. O SBDC, via de regra, segue três passos, os quais constituem condições necessárias para a caracterização do ilícito. Primeiro, é necessário provar que ao menos uma das partes do contrato detenha posição dominante em um dos mercados verticalmente relacionados. Segundo, é também necessário mostrar que a conduta de fechamento de mercado (ou, mais genericamente, de limitação à capacidade de outras empresas concorrerem por custos, por diferenciação ou inovação) é não apenas possível, mas economicamente racional por parte da autora da prática. Finalmente, os custos sociais decorrentes do arrefecimento da concorrência, se houver, devem ser cotejados com eventuais eficiências obtidas por meio da coordenação vertical.

A experiência brasileira é, sem dúvida, ainda relativamente curta, e nessa incipiência poderia residir a explicação para a consistência observada em suas decisões. Por outro lado, é também interessante notar que em tão curto período e sem contar com recursos abundantes, o tratamento das restrições verticais pelo SBDC conte com regras de decisão relativamente bem definidas. Se essa consistência de regras decorre da pouca experiência (ausência de choques externos) ou é uma característica duradoura da prática antitruste brasileira, é uma questão empírica ainda a ser verificada. O tempo dirá.

6. Referências

AGHION, P. and BOLTON, P. (1987), "Contracts as a Barrier to Entry", *American Economic Review* 77:388-401.

AZEVEDO, P. F. (2004). Contratos de Exclusividade em Shopping Centers In: CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO: Estudos e Pareceres Econômicos.1 ed.São Paulo : Editora SIngular, 2004, v.1, p. 163-186.

AZEVEDO, P. F. (2005). Determinantes das Estruturas de Governança: integração vertical e formas de contratação In: Braga, M.J. e Teixeira, E. (Org.). *Defesa da Concorrência e Poder de Mercado no Agronegócio*. 1 ed. Viçosa-MG : Universidade Federal de Viçosa, 2005, v.1, p. 187-224.

BORK, R. (1978), *Antitrust Paradox*, New York: Basic Books.

DOBSON, P. W. e M. WATERSON (1996): *Vertical Restraints and Competition Policy*. London, Office of Fair Trading. (Research Paper #12).

FORGIONI, P.A. (2007). *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GROSSMAN, S. e HART, O. (1986). “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”. *Journal of Political Economy*, 94, Aug-1986, pp. 691-719.

HOVENKAMP, H. (2005a). *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge-MA: Havard Univ. Press.

————— (2005b). *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*. Thompson/West, 3rd Ed.

KATZ, M.L. (1989). “Vertical Contractual Relations”. In: Schemalensee, R. & Willig, R. (Eds.) - *Handbook of Industrial Organization* - Vol 1, MIT Press, pp. 655-721.

KLEIN, Peter (2005). The Make-or-Buy Decision: Lessons from Empirical Studies. In: Shirley, Mary and Ménard, Claude (Eds.) *The Handbook of New Institutional Economics*. Springer. Pp. 435-464.

LAFONTAINE, F. e SLADE, M.E. (2010). *Inter-Firm Contracts: Evidence*. In: Gibbons, R. e Roberts, J. *Handbook of Organizational Economics*. Princeton University Press.

MOTTA, Massimo. (2004) *Competition Policy: theory and practice*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 616 p

POSNER, R. (1976), *Antitrust Law*, Chicago: University of Chicago Press.

RAY, P. and TIROLE, J. (2007). “A Primer on Foreclosure”. In: Armstrong, M. e Porter, R (Org.) *Handbook of Industrial Organization III*. North Holland, pp. 2145-2220.

SANTACRUZ, R. (2008). “Exclusividade e competição no mercado de *shopping centers*”. In: Mattos, C. (Org.). *A Revolução Antitruste no Brasil 2*. São Paulo: Editora Singular.

SCHERER, F.M. e ROSS, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. USA: Houghton Mifflin Company.

WATERSON, M. (1996). “Vertical Intergration and Vertical Restraints”. In: Jenkinson, T. (Ed.) *Readings in Microeconomics*. New York: Oxford Univ. Press.

WILLIAMSON, O. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. Free Press, London, 450p.

——— (1991). “Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives”. *Administrative Science Quarterly*, 36, June-1991, pp. 269-96.

——— (1996). *Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 429p.

——— (2005). “Transaction Cost Economics”. In: Shirley, Mary and Ménard, Claude (Eds.) *The Handbook of New Institutional Economics*. Springer. pp. 41-68.