



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
Instituto de Economia

LAURA BELMONTE IZUKAWA

**ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE: ANÁLISE DE ESTRATÉGIAS
ANTICOMPETITIVAS E ATUAÇÃO DO ÓRGÃO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

Campinas

2012

LAURA BELMONTE IZUKAWA

**ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE: ANÁLISE DE ESTRATÉGIAS
ANTICOMPETITIVAS E ATUAÇÃO DO ÓRGÃO DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Graduação do Instituto de Economia da Universidade
Estadual de Campinas para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Econômicas, sob orientação do

Prof. Dr. EDGARD ANTONIO PEREIRA

Campinas

2012

ii

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer aos meus pais Rui Tsutomu Izukawa e Maria Hortênsia Casanovas Belmonte Izukawa por toda orientação, apoio e amor que eles me deram em todos esses anos de vida, pois me permitiram desenvolver a confiança necessária para realizar todos meus projetos e sonhos. Agradeço também meu irmão Rafael Belmonte Izukawa por suas palavras de carinho em todos os momentos em que precisei de apoio.

Agradeço a querida amiga Igenes Costa Pivatto por seus precisos conselhos e carinho. Agradeço aos meus queridos amigos de graduação, em especial: William Pereira, Juliana Zarpelon, Aislan Saga, Rodolfo Buscarani, André Lauri, Zeino Ávila, Juliana Cervelati, Loraine Garutti, Marcos Magalhães, Lígia Vasconcelos, Patrícia Cavallieri e Eric Oliveira toda a força, estudos e aprendizagem desenvolvidos durante a graduação. Sucesso a todos!

Agradeço ao Professor Dr. Edgard Antônio Pereira por toda dedicação, orientação e conhecimentos transmitidos durante este trabalho. Sua experiência e auxílio foram determinantes para meu desenvolvimento e crescimento nesta área do conhecimento.

Agradeço a Professora Dra. Ana Lucia Gonçalves da Silva por compor esta banca e prestigiar a apresentação do meu trabalho.

Gostaria de agradecer ao Professor Dr. Paulo Sérgio Fracalanza e Professor Dr. Antônio Márcio Buainain por suas excelentes aulas de microeconomia, experiência e didática com as quais eu pude enxergar mais longe. Agradeço também todas suas orientações de estudo e apoio necessários ao desenvolvimento de meu interesse por esta área.

Gostaria de deixar um agradecimento especial, assim como toda minha admiração, a todos os Docentes em razão dos conhecimentos que foram transmitidos durante graduação desta tão prestigiada Universidade.

E por fim, um agradecimento mais que especial a todo apoio, carinho e paciência ao meu namorado Giampaolo Riccio Marzulli o qual estive ao meu lado em todos os momentos de minha graduação.

Campinas

2012

IZUKAWA, LAURA BELMONTE. **Abuso de posição dominante:** análise de estratégias anticompetitivas e atuação do órgão de defesa da concorrência no Brasil. 2012. 37 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Instituto de Economia. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o abuso de posição dominante, suas implicações anticoncorrenciais e a atuação do órgão de defesa econômica no Brasil. Como ilustração ao abuso de posição dominante e suas principais implicações anticoncorrenciais apresentamos um estudo referente ao voto sobre um caso envolvendo a empresa AmBev em um suposto ato ilícito perante a ordem econômica brasileira.

Na presente análise foi utilizada a contribuição e definições de literaturas nacionais e internacionais; o estudo não se restringiu a citação hipotética de tais conceitos, de tal modo que foi possível sua conexão e viabilidade com o caso concreto.

Estão presentes os conceitos microeconômicos de mercado relevante, posição dominante e restrições verticais necessários para compreensão do caso em questão e os conceitos utilizados pelo Relator do voto julgado pelo CADE.

Foi objetivo desta monografia a realização de estudo e conclusão sobre o caso a qual se verifica estar, em quase sua totalidade, em linha com o consignado pelo CADE em sua análise.

Palavras-chaves: abuso de posição dominante, mercado relevante, restrições verticais, defesa da concorrência, CADE, sistema brasileiro de defesa da concorrência, concorrência, programa “Tô Contigo”.

Campinas

2012

IZUKAWA, LAURA BELMONTE. **Abuse of dominance:** analysis of anti-trust strategies and the Competitive Defense Agency acting in Brazil. 2012. 37 pages. Graduation Final Paper – Economy’s Institute. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

ABSTRACT

This aims to analysis the concepts of Abuse of Dominance and its antitrust effects and the Brazilian economic defense revenue actions in the national economic scenario. It is going to be presented in this work the analysis of a case that analyzed the possible performance of illegal economic act by AmBev corporation in order to better illustrated the concepts of Dominance’s Abuse and its antitrust effects.

In this work, it has been used papers issued by national and international scholars. Also, we highlight that this analysis was not limited to theoretical basis of the related concepts, hence the connection of these with the analyzed case was made in all possible situations.

We present the concepts of relevant market, dominance and vertical restriction, and other listed by CADE in its case analysis, which were necessary for the fully comprehension of this work.

We also present a conclusion about the analysed case that, in almost all its terms, appears to be in the same direction that CADE concluded.

Key-words: Dominance’s Abuse, Relevant Market, Vertical Restrictions, Antitrust Defense, CADE, Brazilian antitrust system, Fair Competition, “Tô Contigo” program.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1: DEFESA DA CONCORRÊNCIA	3
1.1 Quais os objetivos da regulação e como as políticas antitruste devem ser realizadas?	3
1.2 Criação e evolução do órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil.....	8
CAPÍTULO 2: POSIÇÃO DOMINANTE, O QUE É E COMO IDENTIFICAR	13
2.1 Mercado relevante	13
2.2 Posição dominante.....	15
2.3 Abordagem sob a ótica da legislação brasileira.....	18
CAPÍTULO 3: RESTRIÇÕES VERTICAIS	20
3.1 Práticas restritivas verticais e seus possíveis efeitos	20
3.2 Efeitos anticompetitivos e eficiências das restrições verticais	23
3.3 Competições intramarcas e intermarcas	25
CAPÍTULO 4: ANÁLISE DA ESTRATÉGIA DE EXCLUSIVIDADE “TÔ CONTIGO” DA EMPRESA AMBEV	28
4.1 Contextualização do caso	28
4.2 Descrição do caso	29
4.3 Ineficiência econômica e efeitos anticompetitivos	31
4.4 Condenação pelo CADE.....	34
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

Em um ambiente competitivo, empresas que possuem melhor desempenho que outras (melhor qualidade e preços mais competitivos) podem conquistar maior market share (parcela do mercado), o que as proporcionará vantagens com relação as suas concorrentes.

Uma empresa que consegue controlar grande porcentagem de market share está em posição dominante. Nessa posição, as suas estratégias podem resultar em implicações importantes para a concorrência, cabendo nestes casos a observância do órgão de defesa econômica para verificar se em tais condutas possui caráter anticoncorrencial.

O presente trabalho tem por objetivo estudar os efeitos anticompetitivos de estratégias exercidas por empresas que abusaram de sua posição dominante, o efeito dessas condutas na concorrência e a atuação do órgão de defesa econômica para coibir tais práticas.

A partir do embasamento teórico microeconômico sobre defesa da concorrência, o presente trabalho tem como objetivo geral a análise do abuso de posição dominante a partir do conteúdo do voto proferido pelo Relator Fernando de Magalhães Furlan nos autos do processo administrativo nº 08012.003805/2004-10 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) referente ao programa de “Tô Contigo” adotado pela Companhia de Bebida das Américas (AmBev), assim como compreender como o CADE avaliou as implicações das práticas consideradas por lei como anticoncorrenciais.

Os objetivos específicos serão (i) o estudo dos conceitos de mercado relevante, (ii) posição dominante e (iii) restrições verticais, necessárias para a compreensão do tema central. A análise do tema será feita sob a ótica do sistema brasileiro de defesa da concorrência de acordo com a legislação brasileira.

A escolha do tema foi feita em razão de sua importância para o cenário econômico de defesa da concorrência, uma vez que as estratégias adotadas por empresas que possuem vantagens sobre suas concorrentes, ou outros agentes de mesma cadeia de produção, podem resultar em condutas anticompetitivas, prejudicando, assim, a concorrência e principalmente os consumidores finais.

Neste contexto, para fins de melhor estruturação e entendimento dos temas tratados, bem como dos objetivos propostos, este trabalho está didaticamente dividido nas seguintes seções: primeiro capítulo abordará uma discussão sobre a abordagem da melhor escolha de

políticas pelos órgãos antitruste e uma análise da evolução da legislação brasileira de defesa da concorrência desde sua criação até a publicação de sua última lei; o segundo capítulo apresentam os conceitos de mercado relevante, posição dominante e a abordagem da legislação sobre estes dois assuntos; o terceiro capítulo faz referência as eficiências e possíveis efeitos anticompetitivos das restrições verticais; o quarto e último capítulo apresenta o estudo de caso, ilustrado pelo voto do CADE sobre o programa “Tô Contigo” da empresa AmBev.

Sobre a metodologia, foi utilizada como fonte primária o voto proferido pelo Relator Fernando de Magalhães Furlan do processo administrativo nº 08012.003805/2004-10 – público do Conselho Administrativo de Defesa Econômica junto ao Ministério da Justiça e legislações referentes ao sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Foi utilizada como fonte secundária literatura brasileira e internacional sobre o assunto de defesa da concorrência: artigos sobre defesa da concorrência da Secretaria de Acompanhamento Econômico, artigos de revista do IBRAC e relatórios do International Competition Network e Office of Fair Trading.

CAPÍTULO 1: DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O presente capítulo apresenta dois assuntos relacionados à defesa da concorrência. O primeiro item apresenta uma discussão sobre as dificuldades de estabelecer parâmetros de bem estar e a sua relação com as políticas de defesa da concorrência devem ser adotadas pelos agentes responsáveis para que seus resultados sejam os melhores possíveis para todos os agentes da economia.

O segundo item descreve como o órgão de defesa da concorrência no Brasil foi criado e mostra as transformações que ele passou até a publicação da última lei antitruste.

1.1 Quais os objetivos da regulação e como as políticas antitruste devem ser realizadas?

A busca por lucros extraordinários é o maior estímulo que as empresas capitalistas possuem para adotar estratégias de mercado e arranjos que lhes garantam vantagens em relação a suas concorrentes.

Esse objetivo pode ser alcançado por meio de algumas estratégias como a (i) incorporação de nova tecnologia, tornando-a mais eficiente e lucrativa, (ii) com a utilização do mecanismo de elevação de barreiras à entrada de outros produtos que compitam no mesmo mercado, e com (iii) a diferenciação de seus produtos com o uso de diferentes estratégias de mercado, entre outras.

A questão é que, seja por meio de produtos diferenciados, onde os consumidores estariam mais dispostos a pagar mais por eles, seja por maior eficiência, com a minimização dos custos de produção e conseqüente aumento da margem de lucro da receita auferida, ou com barreiras que atuam impedindo a entrada de concorrentes mesmo que por um determinado (curto ou longo) período de tempo, essas são situações onde o excedente do consumidor é transferido para os produtores de maneira que o excedente total não é maximizado.

Dessa forma, os objetivos das políticas de regulação econômica é assegurar a maximização do excedente agregado, ou seja, do bem estar social resultante de arranjos e estratégias de mercado adotados pelas empresas atuantes mercado competitivo analisado.

A interação entre o campo do direito e a economia é a forma mais adequada para se analisar atos de concentração e os seus efeitos sobre o excedente do consumidor e do produtor, sendo possível levar em consideração nessa análise feita sob a ótica de ambas as áreas todas as variáveis que competem à matéria antitruste.

Essas situações ocorrem em um cenário dinâmico onde as empresas são movidas por incentivos na busca por lucros extraordinários. Valendo-se de estratégias que permitam as empresas, mesmo que temporariamente, se tornarem monopolistas, elas podem gerar inovações e benefícios ao mercado, mas também podem gerar situações de desequilíbrios na economia (POSSAS, 2009, p. 237).

[...] sua dimensão ativa, caracterizada pela criação de novos produtos, processos e espaços econômicos – a inovação lato sensu, na acepção de Schumpeter. A inovação torna-se então a principal arma da concorrência, podendo modificar de forma substancial e irreversível o ambiente econômico de cada mercado, como resultado da busca por diferenciação e lucros monopolísticos. (POSSAS, 2009, p. 238, grifo do autor).

Dessa forma, as operações de fusões, incorporações, e demais atos de concentração devem ser estudadas pelas agências reguladoras com atenção; essa análise deverá levar em consideração todas as implicações dessas operações para o mercado, de modo a evitar que a política antitruste prejudique a concorrência e seus possíveis efeitos positivos gerados.

Esses conceitos eram caracterizados pela literatura clássica como anticoncorrenciais, porém verifica-se que elas fazem parte da dinâmica de concorrência capitalista.

Desse modo, de acordo com Possas (2009, p. 238) as características da concorrência deixam de ser estáticas e passam a ser dinâmicas. Assim a estrutura de mercado passa a ser composta por variáveis endógenas do processo competitivo e não mais considerada como dada.

Os agentes passam a se diferenciar e buscam por inovações, contribuindo assim com o caráter dinâmico do mercado. O monopólio temporário não é mais visto como incompatível com a concorrência; pelo contrário, faz parte da motivação por maiores lucros exigindo das empresas um desempenho competitivo mais elevado.

Não significa, porém, que todo ato de concentração será benéfico para a concorrência. Fagundes aponta que nem sempre situações onde há concentração existem maiores estímulos para que as inovações ocorram:

(...) a visão inicial de Schumpeter, na qual grandes empresas e o monopólio temporário eram vistos como elementos necessários ao progresso técnico, foi sendo gradativamente substituída por uma

abordagem mais complexa, pela qual as relações de causalidade entre concorrência e progresso técnico são medidas por uma série de outras variáveis, tais como o grau de oportunidade e a probabilidade da tecnologia empregada no setor de atividade das firmas (FAGUNDES, 2003, p. 93).

Assim a dificuldade encontra-se na escolha do melhor método de análise para as políticas antitruste.

Existe um trade off entre as teorias dinâmicas (mais próximas a realidades, porém muito mais complexas de analisar e prever seus resultados) e um modelo mais simples que atende as necessidades de definição clara do objeto a ser defendido pelo direito antitruste.

Entre as dificuldades para se obter a melhor escolha da política antitruste está a definição de uma função de bem estar “padrão” a ser seguido.

Quando se trata de apenas um determinado bem, a administração de distribuição do excedente parece óbvia. Porém quando este é inserido no mundo real, onde existem infinitos produtos, mercados e outras variáveis, essa análise torna-se muito mais complexa e desafiante para o operador econômico.

Desse modo, seria possível criar uma função de bem estar social, diante da dificuldade de julgar o que é preferível em uma situação onde as preferências dos agentes não são uniformes?

Segundo Fagundes (2003, p. 148), a resposta é negativa “(...) não existe um mecanismo simples de se construir uma função de bem estar social, sendo sua existência assumida de modo axiomático pela teoria microeconômica.”

A função de bem estar geral só poderia ser criada de três maneiras na visão de Fagundes (2003, p. 148). A primeira seria de maneira não democrática através de uma ditadura, a segunda seria em uma situação onde não há disputa entre os agentes os quais são direcionados por instintos comuns, e a terceira de maneira democrática, porém complexa, a partir das preferências individuais dos agentes. Como depende de comparações interpessoais dessas preferências, a construção desta última função seria a ideal, porém não é trivial.

A impossibilidade de estabelecer uma função de bem estar demonstram as dificuldades enfrentadas pelas políticas de defesa da concorrência em garantir que este objeto seja definido de maneira igual para todos os agentes. Desse modo, todas as avaliações de atos de concentração ou qualquer outra conduta concorrencial devem ser avaliadas de modo a tentar garantir o máximo de bem estar social possível aos agentes econômicos.

Trata-se de postular a partir da suposição de que os formuladores e executores das políticas de defesa da concorrência não dispõem de uma função de bem estar social, nem são capazes [...] de compensar efetivamente os agentes econômicos lesados com resultado de efeitos anticompetitivos derivados de atos de concentração e de condutas anticompetitivas – basicamente os consumidores [...] (FAGUNDES, 2003, p. 159).

Uma saída é a complexa escolha pela função de excedente, da qual Possas (2009, p. 245 e 246) descreve que sua definição pode seguir o modelo de Williamson ou pelo critério de price standard. Pelo critério de Williamson, a escolha desse modelo poderia violar o princípio de comparabilidade de Pareto e ignoraria os efeitos de transferência de renda dos consumidores para os produtores. Já pelo critério de price standard evitaria a transferências de renda dos consumidores para os produtores, porém na visão dele, esta não é uma solução ótima para o mundo real.

O modelo de Williamson descreve como os agentes organizam sua forma de produção de maneira a reduzir custos transação. Diante de incertezas, frequência das operações e especificidade dos ativos, os agentes elaboram estratégias de transação por meio de contratos evitando dessa forma custos associados a riscos. GEOFFROY. (2010, p. 90).

Dessa maneira, busca-se a eficiência em um ambiente onde a racionalidade dos agentes é limitada e onde as situações ocorrem de maneira imperfeita, gerando situações de risco e de condutas de oportunismo dos agentes (GEOFFROY. 2010, p. 89).

Eficiências sempre são observadas em atos de concentração como forma de avaliar os impactos no bem-estar dos consumidores. O critério de price standard é a garantia que não haja diferença significativa dos preços cobrados antes e após o a fusão. Para que a empresa obtenha lucros mais elevados, ela deve diminuir seus custos (GEOFFROY. 2010, p. 42).

Sob a ótica de outro autor, Schuartz (2006, p. 159) concorda que o método do price standard em análise de um ato de concentração não deva ser a única variável a ser considerada. Além da importância a maximização do excedente do consumidor, a situação dos produtores e os efeitos da distribuição de renda dentro da mesma cadeia produtiva não devem ser ignorados, “nem tudo ao produtor, nem tudo ao “consumidor”, portanto” (SCHUARTZ, 2006 p. 160).

Assim foram levantadas algumas sugestões para a realização para a análise dos resultados resultantes das operações de fusões entre as empresas.

Schuartz (2006, p. 161) sugere que para fins de avaliação social, o excedente dos consumidores e produtores deve ser ponderado, que atos de concentração geram perdas e ganhos monetários e que estes devem ser avaliados, verificar quais são os maiores perdedores desta conduta e verificar se socialmente os ganhos totais superam as perdas totais.

Já Possas (2009, p. 248) considera que em casos que existam trade off entre o aumento de poder de mercado e ao mesmo tempo da eficiência econômica, a análise antitruste para aprovar ou não o ato de concentração deve ser feita de maneira interpretativa, utilizando-se da regra da razão.

As agências podem estabelecer patamares de segurança, também chamados de safe harbors, e adotá-las como parâmetro em questões interpretativas, seguindo uma lógica pré-estabelecida e aprovada pela agência (POSSAS, 2009, p. 248).

Schuartz (2006, p. 165) coloca que, supondo que o objetivo da autoridade antitruste é maximizar uma função que representa o ganho social líquido correspondente à alocação produzida pela conduta ou ato de concentração, para construção da análise dinâmica e ser possível inferir os ganhos ou perdas do bem estar social para uma análise correta, utiliza-se de ferramentas econométricas e teoria dos jogos, assim verificar se o resultado da conduta leva a resultados positivos dessa função.

Entendo como importante a abordagem de Schuartz o qual observa, principalmente em casos de alta complexidade, os custos que envolvem uma decisão e as probabilidades de erro – ou seja, os custos de uma decisão equivocada – devem ser levados em conta pelos agentes dos órgãos antitruste (SCHUARTZ. 2006, p. 167).

[...] haverá um grau de complexidade, a partir do qual o custo marginal do incremento de complexidade, em termos de um custo superior de decisão, será superior ao seu benefício marginal, em termos de uma redução do custo social esperado de uma decisão equivocada. (SCHUARTZ, 2006, p. 167).

O autor faz uma relação estatística interessante com teste de hipótese, onde o erro do tipo um seria a aprovação de um ato de concentração ou conduta que resultaria em perdas líquidas de bem estar social e o erro do tipo dois seria a não aprovação de uma conduta ou ato de concentração o qual resultaria em ganhos líquidos de bem estar social caso fossem aprovados (SCHUARTZ, 2006, p. 167).

Quanto mais “capaz” for a autoridade e maior seu dispêndio de recursos para concluir a análise, menor a probabilidade de cometer erros deste tipo, portanto, enfrentaria um trade off entre os custos de tomada de decisão e o custo de decisões equivocadas.

Como já coloquei, a realidade é apenas representada devida complexidade de incorporar infinitas variáveis e suposições que apresentam diversas soluções no equilíbrio dinâmico. No entanto, essas representações são embasadas por meio de modelos mais simples e que chegam a resultados aproximados.

Segundo Schuartz (2006, p. 180 e 181) não utilizar modelos mais complexos nas análises é um fator limitante, porém ele coloca que essa limitação não deve ser encarada como deficiência, pois ela é importante para seja garantido a sua força probante em matéria de direito.

Uma vez que o objetivo dos órgãos antitruste é garantir a maximização do bem estar e todas as implicações que estão envolvidas na definição da função de utilidade e distribuição da renda, ele adotará as melhores ferramentas disponíveis para que consiga tomar a melhor decisão possível sem prejudicar a concorrência e com menor chance de erros, uma vez que os erros também acarretam em grandes perdas (seja para os produtores, seja para a sociedade).

Munidos de ferramentas importantes, as políticas antitruste são realizadas de acordo com as diretrizes do órgão de defesa econômica, respeitando as leis que a regem sempre visando o aumento de bem estar social.

1.2 Criação e evolução do órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil

O Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE) foi criado em 1962, com a publicação da Lei nº 4.137 em 10 de setembro de 1962, também conhecida como Lei Antitruste. De suas disposições gerais tinha por objetivo reprimir práticas de abuso do poder econômico (BRASIL. 1964, art. 1).

Da lei:

É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei. (BRASIL. 1964, art. 8º)

O ex-presidente do CADE, o Sr. Gesner de Oliveira, faz uma interessante análise da legislação brasileira sob a qual descreve em retrospectiva como mudou a atuação do CADE desde a sua criação até os anos 1990,

(...) a experiência brasileira foi marcada pela mescla de duas vertentes distintas e até certo ponto contraditórias de legislação na esfera econômica. (...) De um lado, desde a Constituição de 1937, normatizou-se a intervenção direta no mecanismo de mercado como forma de defesa da “economia popular”. De outro, desenvolveu-se em paralelo, a partir dos anos quarenta, uma legislação “antitruste” que, embora inspirada na experiência norte-americana, encerrou, desde o início, peculiaridades da jurisdição nacional. Do ponto de vista da eficácia material, a primeira vertente preponderou dos anos trinta até meados dos anos noventa. Sua importância declinante é anunciada com a mudança do marco constitucional em 1988, induzida pela abertura e desregulamentação de preços do início dos anos noventa e concretizada com a Lei 8884 e estabilização dos preços do Plano Real de 1994. (OLIVEIRA. 1998, p. 11)

Assim, como descrito acima, em 1988 a nova Constituição Federal é promulgada e reforça os argumentos econômicos a favor da livre concorrência no Brasil. No Título VII, Capítulo I estão previstos os princípios gerais da atividade econômica e no art. 170 é definido que a ordem econômica é fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e consolida alguns ditames como a livre concorrência. (BRASIL. 1988, art. 170).

Até os anos 1990 o CADE não atua de maneira expressiva como repressor do abuso econômico e defensor da concorrência, como ilustra a passagem a seguir:

“Por 30 anos, até o início dos anos 1990, a atuação do Cade foi inexpressiva, sobretudo em razão da conjuntura político-econômica brasileira que inviabilizava a promoção da defesa da concorrência” (ANDERS; BAGNOLI; CHINAGLIA. 2012).

Somente após 1990, quando ocorre no Brasil uma série de mudanças econômicas importantes, a atuação do CADE passa a ser mais expressiva e surge a necessidade de mudança na lei.

(...) a realidade jurídico-político-econômica que se instaurou na década de 1990 com a abertura do mercado, a globalização econômica, a estabilidade financeira, a desestatização e os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, além da disposição também constitucional de repressão ao abuso do poder econômico, exigiam uma nova atuação do Cade. (ANDERS; BAGNOLI; CHINAGLIA. 2012).

Desse modo, os princípios da ordem econômica trazidos pela constituição de 1988, somados às mudanças ocorridas no cenário econômico Brasileiro e mundial no início dos anos 1990, deu origem a reestruturação do CADE, resultando na Lei 8.884 de 11 de junho de 1994.

Por meio dela foi criada nova estrutura para o CADE, transformando-o em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça. (BRASIL. 1994, art. 3º). Consignado em seu preâmbulo a Lei 8.884/94 “(...) dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra ordem econômica e dá outras providências”.

O Título VII, Capítulo I descreve controle de atos e contratos, onde “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade” (BRASIL. 1994, art. 54).

O CADE vinculado ao Ministério da Justiça atuava juntamente com a Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça e com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda.

Os progressos alcançados na atuação do CADE, SDE e SEAE em processos referentes à defesa econômica somada as constantes mudanças na dinâmica econômica, identifica-se à necessidade de uma nova lei mais completa, atualizada e que trouxesse mais agilidade aos processos.

Em 30 de novembro de 2011 surge a Lei 12.529/2011. Nela o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDC) é definido:

(...) estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL. 2011, art. 1º)

Das disposições gerais (Título VI, Capítulo I) segue:

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e

VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais (BRASIL. 2011 art. 48)

A Lei 12.529/11 apresenta algumas mudanças com relação à Lei 8.884/94. Foram analisadas as principais diferenças e mudanças.

Muda a estrutura organizacional do CADE. De um plenário constituído por seis conselheiros e um presidente (art. 4º da Lei 8.884/94), passa a ser constituído por: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º da Lei 12.529/11).

A SDE era um órgão independente do CADE (art. 13 e 14 da Lei 8.884/11), com a nova lei, sua estrutura é extinta (art 126 da Lei 12.529/11) e suas competências ligadas à defesa da concorrência são integradas ao CADE (art. 30, art. 121 da Lei 12.529/11).

Desse modo, o SBDC passa a ser constituído apenas pelo CADE e pela SEAE (art. 3º Lei 12.529/11). “Ficam transferidos para o Cade os cargos pertencentes ao Ministério da Justiça atualmente alocados no Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico, bem como o DAS-6 do Secretário de Direito Econômico” (BRASIL. 2011, art. 121, parágrafo único).

Das competências analisadas, aquelas que competiam à SDE (art. 14 da Lei 8.884) passam a ser incorporada pela Superintendência Geral do CADE (art. 13 da Lei 12.529).

As formas de controle descritas no Título VII, Capítulo I descreve o controle de atos e contratos. Nele está previsto em seu art. 54, parágrafo 4º que os atos de concentração poderiam ser enviados para apreciação do CADE após a sua realização. A nova lei difere da anterior ao estabelecer que os atos de concentração devam passar por análise prévia as operações (art. 88, parágrafo 2 da Lei 12.529/11).

Esta mudança no momento em que a operação de aquisição e fusão deve ser realizada foi considerada importante. Ainda do artigo do Valor Econômico:

Além das mudanças estruturais, a nova lei traz importantes modificações nas principais áreas de atuação do Cade, uma vez que, como dito, institui o regime de análise prévia dos atos de concentração, com mudança nos critérios legais de notificação e modifica a disciplina das condutas anticompetitivas, trazendo relação de proporcionalidade mais estreita entre condutas anticompetitivas e as respectivas penas. (ANDERS; BAGNOLI; CHINAGLIA. 2012).

Dessa forma, concluímos as principais diferenças presentes na mudança da Lei 8.884/94 para a Lei 12.529/11.

Tais conceitos são fundamentais para compreender como foi estruturado o órgão de defesa econômico brasileiro desde sua criação até os dias de hoje e as transformações que passou durante este período.

CAPÍTULO 2: POSIÇÃO DOMINANTE, O QUE É E COMO IDENTIFICAR

O presente capítulo versará sobre posição dominante que, além de compor o assunto principal desta monografia, estará presente no caso que exemplificará o presente trabalho em seu último capítulo.

Entretanto, para compreender e identificar os conceitos de posição dominante será necessário o estudo de mercado relevante e suas principais implicações. Desse modo, este assunto será tratado no primeiro tópico deste capítulo.

A definição destes dois temas é de suma importância para a matéria de defesa da concorrência em análise de casos cujos resultados da operação possam gerar efeitos anticompetitivos ou para prevenir condutas de agentes que possam limitar a concorrência de alguma forma.

Desse modo, estes assuntos estão presentes tanto em literatura nacional como internacional sobre defesa da concorrência e alguns desses materiais serão utilizados neste trabalho.

O último item apresenta uma análise sob a ótica da legislação brasileira de mercado relevante e posição dominante e como estes assuntos são tratados em atos de concentração.

2.1 Mercado relevante

A posição dominante e o poder de mercado são definidos a partir da determinação do mercado relevante. Com suas informações é possível compreender a posição dos rivais e a interação competitiva entre as empresas e, sendo assim, avaliar os seus efeitos sobre a concorrência (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2011, p. 7).

“O mercado relevante constitui o espaço - em suas dimensões produto ou geográfica - no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante.” (BRASIL. 1999, p. 7).

Para determinar a região de análise onde o poder de mercado é realizado o teste de elasticidade-preço da demanda e da oferta.

Primeiramente são determinadas as dimensões dos produtos substitutos entre si e que, portanto, são concorrentes (identificação realizada pelo lado da demanda), assim como a dimensão geográfica do mercado relevante onde esses produtos são produzidos ou vendidos (MELLO. 2002, p. 491). Nesse sentido, destacamos:

Para a delimitação de cada mercado relevante nas dimensões produto e geográfica devem ser levadas em consideração as seguintes informações: a eficácia, a qualidade e a conveniência relativa dos produtos substitutos; a evolução dos preços relativos e das quantidades vendidas; os custos de consumir produtos substitutos provenientes da mesma ou de outras áreas; o tempo necessário para promover a eventual substituição; e evidências de que os consumidores desviariam sua demanda ou levariam em conta a possibilidade de desviá-la em função de mudança nos preços relativos ou em outras variáveis competitivas. (BRASIL. 1999, p. 8)

Após a determinação dos produtos e região do mercado relevante, realiza-se o teste do monopolista hipotético, onde é analisada a capacidade da empresa de aumentar seus preços sem que haja a fuga de consumidores para outros produtos substitutos. Nessa linha, destacamos:

Mediante o "teste do monopolista hipotético", o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos (ou, a menor área geográfica) no qual um suposto monopolista poderia manter seu preço acima do nível competitivo por um período significativo de tempo. A possibilidade de substituição constitui a variável chave na identificação do mercado relevante, uma vez que a livre concorrência depende da possibilidade do exercício de escolha por parte dos consumidores. Assim, um mercado relevante, em sua dimensão produto, compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. (BRASIL. 1999, p. 7)

Nas análises de atos de concentração, a determinação do mercado relevante é feita para conseguir mensurar o poder de mercado que a requerente possui, e dessa forma as agências analisam se a operação resultará em benefícios ou prejuízos aos consumidores de determinado produto.

Caso se detecte que o mercado ficará extremamente concentrado em poucas empresas, a operação não é aprovada, ou é aprovada com uma série de restrições. No entanto, caso não ocorram alterações significativas na concentração da oferta do produto, ela geralmente é aprovada. Destacamos:

(...) para dado volume de venda(s) da(s) empresa(s) envolvida(s), quanto menor um mercado, maiores as possibilidades de existir poder de mercado e, portanto, potencial de danos à concorrência; ao contrário, quanto maior, mais diluída será a participação da empresa investigada e

menor a probabilidade de haver efeitos anticoncorrenciais. (MELLO. 2002, p. 496)

Quanto maior a incerteza na definição do mercado relevante, menos provável que este seja uma reflexão adequada das atuais restrições competitivas. (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2011, p. 17)

Dessa maneira, a definição do mercado relevante é importante e também um desafio para as agências reguladoras, uma vez que as informações podem estar incompletas ou de difícil acesso. Mudanças tecnológicas podem alterar o cenário de mercado, colocando novos produtos nas dimensões de produto e expandindo ou contraindo o mercado em um curto período de tempo (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2011, p. 17).

2.2 Posição dominante

A participação na dinâmica do mercado leva as empresas a adotarem as melhores estratégias possíveis para conseguirem enfrentar a pressão competitiva de suas rivais.

Investimentos em pesquisa, desenvolvimento, busca por novas tecnologias, inovações, entre outros são adotadas para que se tenha ganhos de eficiência. A empresa que se destaca mais quer as outras, ocupa uma posição melhor no mercado.

Posição dominante é a situação onde se alcança substancial poder de mercado e nela as empresas podem praticar, por um período considerável de tempo, preços acima do nível competitivo. (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2012, p. 1).

Por possuírem esta vantagem, a posição dominante é alvo de análise por agências de defesa da concorrência que buscam combater condutas anti competitivas. No entanto, não significa que toda posição dominante seja uma infração a ordem econômica. Destacamos:

Most jurisdictions find that a rigorous assessment of whether a firm possesses dominance/substantial market power, going well beyond market shares, is highly desirable. In jurisdictions with a more formalistic definition of dominance based on market shares, it is recommended that agencies be particularly rigorous in their analysis of the conduct at issue. (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2012, p. 1)

Uma empresa quando tem posição dominante pode agir livremente sem sofrer com as pressões competitivas impostas por suas rivais (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2011, p. 3).

Conquistada esta posição a partir de estratégias competitivas, ela consegue arbitrar seus preços por apresentar produtos ou serviços diferenciados, sem que isso a faça perder mercado ou abra precedente para que alguma rival consiga entrar e ocupar uma posição que possa atrair seus consumidores.

Se mantiver a competitividade e a contínua busca por inovações e diferenciações esta empresa poderá se manter em uma posição dominante sem prejudicar a concorrência. Porém se ela passar a adotar práticas que prejudiquem a concorrência estará fazendo de sua posição um abuso, caracterizando infração a ordem econômica.

Uma das consequências do abuso da posição dominante é o forenclosure, ou encerramento do mercado que, praticado pela empresa dominante, elimina o acesso ao mercado de competidoras em potencial levando ao enfraquecimento da competição.

Seus efeitos devem ser analisados e julgados de acordo com as regras de condutas unilaterais. (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2008, p. 11).

Desse modo, a detecção do abuso de posição dominante é importante e requer a análise de outros dois elementos importantes: market share e barreiras à entrada.

O market share é condição necessária para a análise de posição dominante, porém não é suficiente para tanto. Ele indica o grau de poder de mercado das empresas, a estrutura do mercado e a posição da que possuem com relação às demais concorrentes. A durabilidade do market share com foco em barreiras à entrada também é analisada, uma vez que se uma empresa é capaz de manter sua porção de mercado sem perder espaço para as demais concorrentes, ou caso não exista grande variação nas posições do mercado, significa que há indicações de poder de mercado (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2012, p. 3).

As agências podem usar o market share para estabelecerem safe harbors. Abaixo de determinada porção de mercado não é encontrado substancial poder de mercado porém segundo as práticas recomendadas pelo Unilateral Conduct Working Group. Destacamos:

Possession of a market share outside the safe harbor is generally necessary but insufficient for finding dominance/substantial market power. Whether a firm with a market share outside the safe harbor possesses dominance/substantial market power or not, requires a detailed analysis including additional factors. (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2012, p. 4)

Empresas com maior poder de mercado podem aumentar seus preços sem que sejam afetados por concorrentes que são incapazes de enfrentá-las. Nesse contexto, os consumidores ficam mais vulneráveis ao aumento de preço sem outras opções.

A proporção de market share está diretamente relacionada com a capacidade de exercer seu poder de mercado, caso tenha a capacidade de se manter em tal posição.

Por se tratarem de mercados dinâmicos, as agências de defesa da concorrência consideram quando da realização de sua análise a respeito da matéria, o potencial de entrada e possíveis restrições nos mercados em questão.

Da teoria, as barreiras são desejáveis para as empresas que querem obter lucros extraordinários em determinada indústria. Destacamos:

(...) uma indústria só poderia apresentar lucratividade superior à média por um certo período de tempo (...). Conseqüentemente, se uma empresa apresenta lucros extraordinários permanentes, alguma restrição à mobilidade do capital existe. Dizemos então que existem barreiras à entrada nessa indústria. (KUPFER. 2002, p. 111)

Barreiras à entrada per se não são anti concorrenciais. Elas podem ser estruturais, estratégicas e regulatórias.

As barreiras estruturais à entrada envolvem características de custos ligados à indústria em questão que podem ser considerados barreiras à entrada, como por exemplo: custos irrecuperáveis (sunk costs), economias de escala e escopo, network effects e reputação do produto ou da firma.

Barreiras estratégicas à entrada são construídas por empresas estabelecidas e visam diminuir a probabilidade de entrada de novos concorrentes; contudo não significa que todas as estratégias sejam abuso de posição dominante. Da Unilateral Conduct Working Group destacamos:

(...) business decisions that create barriers to entry or expansion are not necessarily an abuse of dominance, and often are part of legitimate, recompetitive business behavior. In assessing potential barriers to entry or expansion, the question is only whether the barriers created by the conduct increase the costs or difficulty of entry or expansion, regardless of whether the conduct may also qualify as an abuse. Thus the test for whether conduct creates barriers to entry or expansion is different from the test for whether that conduct constitutes an abuse of dominance. (2011, p. 28)

As empresas que estão em posição dominante usufruem de estratégias que outras empresas como entrantes não possuem. Tais vantagens podem ser caracterizadas como barreiras,

pois suas concorrentes terão que buscar maneiras de chegar à mesma posição de competição da dominante através de estratégias menos vantajosas.

Nesse sentido, destacamos: (...) assimetria de custos entre empresas estabelecidas e empresas entrantes após a entrada impossibilita essas últimas de obterem a mesma lucratividade que as primeiras.” (KUPFER. 2002, p. 113)

Barreiras regulatórias à entrada são aquelas que são permitidas por exigências ou concessão regulatória; dessa maneira as barreiras regulatórias podem limitar ou dificultar a entrada de empresas em determinado mercado. Propriedade intelectual é um exemplo de barreira regulatória à entrada. Destacamos:

Government regulation often pursues public interest objectives (e.g., health and safety, environmental protection, urban planning) which may require limitations on market competition compatible with such goals. (THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. 2011, p. 30)

Enfrentar barreiras à entrada faz parte da dinâmica concorrencial. Porém se a empresa dominante utilizar sua posição para criar barreiras para a exclusão da concorrência sem que estas sejam justificadas por estratégias legítimas de competição, é caracterizado um abuso e sua posição.

Dessa forma as barreiras à entrada são analisadas para que possíveis abusos de posição dominante sejam detectados e coibidos pelas agencias.

2.3 Abordagem sob a ótica da legislação brasileira

O sistema brasileiro de defesa da concorrência “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (BRASIL, Lei 12.529/2011, Art. 1).

Nela estão previstas todas as práticas consideradas anticompetitivas e, portanto, caracterizam infrações a ordem econômica. O abuso de posição dominante é uma delas (BRASIL, Lei 12.529/2011, Art. 36, inciso IV).

Dentre suas competências, a Superintendência-Geral do CADE é responsável por zelar atividades de empresas que possuam posição dominante em mercado relevante, prevenindo

deste modo a infração da ordem econômica provocada por estes agentes (BRASIL, lei 12.529/2011, seção III, art. 13, inc. II).

Fundamentando os argumentos descritos no item sobre mercado relevante, é importante ressaltar que sua conquista por empresas que apresentam maior eficiência com relação as suas rivais é prática considerada lícita prevista em lei (BRASIL, lei 12.529/2011, Art. 36, parágrafo 1º) e com maior poder de mercado esta empresa pode conquistar posição dominante. Desse modo não é o fato da empresa apresentar posição dominante que tal conduta seja per se uma prática contra a ordem econômica, o ilícito é somente o abuso decorrente desse poder.

Nos dispositivos da lei, posição dominante ocorre: “(...) 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 (...)” (Lei 12.529/2011, Art. 36, parágrafo 2º).

Para toda a análise de atos de concentração, são observados se a requerente possui substancial poder de mercado, assim como o mercado relevante em que atua para então, a partir deles a agência decidir sobre a aprovação ou não do requerimento, justificando as análises realizadas nos itens acima.

A lei é clara enquanto a proibição de atos de concentração que leve a eliminação da concorrência pela empresa dominante e a dominação do mercado relevante, senão vejamos:

Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. (BRASIL, lei 12.529/2011, título VII, cap. I, art. 88, inc. II, parágrafo 5º)

Caso o CADE observe que a operação deva “aumentar a produtividade ou a competitividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico (...)” ou ainda “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes” a operação é autorizada (BRASIL, lei 12.529/2011, título VII, cap. I, art. 88, inc. II, parágrafo 6º).

Para toda a análise de atos de concentração, são observados se a requerente possui substancial poder de mercado e o mercado relevante que em que atua, então, a partir deles, a agência pode decidir a aprovação ou não do requerimento, justificando as análises realizadas nos itens acima.

CAPITULO 3: RESTRIÇÕES VERTICAIS

O presente capítulo versará sobre as práticas restritivas verticais, que são acordos realizados por fabricantes de bens ou serviços em mercados de estrutura vertical com seus distribuidores, em geral, com a finalidade de diminuir falhas de mercado ou tornar mais eficiente à dinâmica com suas distribuidoras.

Tais medidas visam maximizar lucros e aumentar a eficiência na cadeia, mas também podem diminuir a concorrência através da elevação de barreiras à entrada ou levar a exclusão de suas concorrentes do mercado elevando seus custos de operação. Dessa forma, tais práticas devem ser analisadas pelas agências antitruste para verificar se elas trazem benefícios não só aos agentes privados, mas também benefícios ao bem estar social.

3.1 Práticas restritivas verticais e seus possíveis efeitos

As restrições verticais per se não devem ser caracterizadas como anticoncorrenciais. A análise realizada pelos órgãos de defesa da concorrência deverá ponderar os efeitos líquidos negativos ou positivos no final da operação e assim concluir se estes serão positivos tanto para produtores e distribuidores como para os consumidores. Destacamos:

Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. (BRASIL, 1999, p. 3)

A análise deve ser realizada a partir do uso do critério do price standard, o qual verifica quais são os impactos finais sobre o excedente do consumidor. Caso a estratégia resulte apenas em transferência do excedente do consumidor para o produtor, mesmo que haja um aumento do excedente total esta conduta deverá ser restringida e combatida pela agência antitruste assegurando, dessa forma, a concorrência e o interesse público e o bem estar social (FAGUNDES, 2005, p. 4).

Em uma cadeia vertical, as fabricantes e distribuidoras podem estabelecer inúmeras restrições verticais.

Tomamos como base as seis condutas expostas na resolução nº 20 do CADE.

Fixação de preço de revenda: fabricantes estabelecem por meio de contratos com as distribuidoras um preço pré-estabelecido de revenda. Esta prática pode ser realizada para eliminar o problema de dupla marginalização, onde fabricantes e produtores adicionam um mark up sobre seus custos resultando em preços elevados aos consumidores. Empresas que estabelecem fixação de preços com seus distribuidores acabam oferecendo um produto com um preço mais competitivo no mercado.

Por outro lado esta prática facilita a coordenação dos preços que pode resultar em formação de cartel ou comportamentos colusivos. Existe também a possibilidade de acordos entre produtores levando a bloqueios a entrada de novas e potenciais concorrentes no mercado.

Restrições territoriais e de base de clientes: acordos que limitam a atuação das distribuidoras em determinadas regiões ou por determinadas características de clientes. Essa medida evita que uma distribuidora concorra diretamente com outra de uma mesma cadeia vertical por clientes.

Desse modo, aumentos nos preços de distribuidoras causados por investimentos em treinamentos, serviços específicos de pós venda, investimentos não recuperáveis (sunk costs), ou qualquer outro fator necessário para sua comercialização e melhor apresentação do produto aos clientes finais não seja ameaçada por distribuidoras da mesma cadeia que não realizam tais investimentos.

Da mesma forma que esta conduta elimina o comportamento de carona o qual é prejudicial para a concorrência intermarcas, também pode gerar comportamentos colusivos caso seja utilizado como instrumento de monopolização do mercado, estimulando concorrentes a diminuir suas quantidades e elevarem seus preços ou o aumento do poder de mercado de apenas um produtor.

Acordos de exclusividade: contratos que impossibilitam os distribuidores comercializarem e estocarem produtos de fabricantes rivais. Desse modo ela estará condicionada a vender apenas os produtos de determinada marca.

Esta conduta pode elevar barreiras à entrada de competidores atuais e potenciais e dependendo da situação obrigando estas competidoras a utilizarem canais de distribuição menos eficientes, elevando seus custos e podendo resultar em exclusão do mercado. Essas medidas podem resultar em aumento do poder de mercado da empresa que impõe o acordo de exclusividade e efeitos anticompetitivos. Destacamos:

Such arrangements between a manufacturer and its dealers foreclose other manufacturers from distributing their brands through these agents, and force them to use alternative less efficient marketing channels. In effect, barriers to entry can result from an incumbent firm raising (potential) rivals' costs by purchasing exclusive rights to particular retailers [see Krattenmaker and Salop (1986)]. For example, exclusive dealing contracts could be used to increase the entry cost of a potential competitor if distribution involves significant economies of scope. In this case, access is denied to an established distribution system offering low retailing costs, and instead the potential competitor is required to distribute its products in a less efficient manner, e.g. by setting up its own retail network. (DOBSON; WATERSON. 1996, p. 18)

Recusa de negociação: estabelecimento de uma rede de fornecimento entre determinados fabricantes e distribuidores, onde o fornecimento só poderá ser realizado entre eles. Caso apareça um demandante que não esteja no contrato estabelecido, não haverá negociação.

Os efeitos anticompetitivos potencialmente associados a esta prática são exclusão de concorrentes com elevação de barreiras em canais de distribuição, elevação de custo de rivais que são obrigadas a utilizarem canais menos eficientes.

Em geral, esta prática é utilizada em conjunto com outras práticas verticais anticompetitivas, tais como acordos de exclusividade ou fixação de preços de revenda, como forma de retaliação contra distribuidores/fornecedores relutantes em aderir à prática anticompetitiva. (BRASIL. 1999, p. 5)

Venda casada: imposições das fabricantes sobre suas distribuidoras de compra de determinados produtos ou serviços conjuntamente, não impossibilitando a aquisição desses bens ou serviços separadamente.

Essa prática obriga a distribuidora ou consumidor final a compra de determinado produto ou serviço. Tal prática pode elevar abusivamente os lucros da fabricante sob as custas da destes agentes no final da cadeia. Também pode levar ao bloqueio de distribuidoras a outras fabricantes podendo resultar em condutas anticompetitivas.

As possíveis eficiências resultantes de tais práticas devem ser analisadas pelas agências antitruste a partir da regra da razão. A resolução nº 20 do CADE coloca que “possíveis eficiências econômicas da mesma natureza dos casos anteriores devem ser avaliadas, com ênfase na possibilidade de se tratar de produtos complementares de tipo "sistema" e/ou de apresentarem economias de escopo na produção” (BRASIL. 1999, p. 5).

Discriminação de preços: prática de preços diferenciados para clientes diferentes. Esta medida pode ser adotada em clientes que demandam um volume muito elevado de

determinado produto, e dessa maneira, cobra-se menos desse consumidor que demanda no atacado do que aquele que demanda no varejo.

Esta conduta em geral é praticada por produtores que possuem elevado poder de mercado e consegue extrair o excedente de diversos consumidores, aumento seus lucros. Pode gerar efeitos anticompetitivos, caso tal conduta seja utilizada para aumentar custos de concorrentes atuais e potenciais (BRASIL. 1999, p. 6).

A próxima restrição vertical está presente no texto de Fagundes (2005):

Preços não lineares ou tarifas em duas partes: ocorre em sistemas de franchise, o valor contratualmente recebido pelo distribuidor está dividido em valor fixo e um variável. “Como resultado, o custo unitário de aquisição do produto pelo distribuidor diminui como função do volume comprado junto ao produtor, encorajando a compra de mais unidades.” (FAGUNDES. 2005, p. 2).

3.2 Efeitos anticompetitivos e eficiências das restrições verticais

As restrições verticais, como já anunciada na introdução deste capítulo, são condutas que podem gerar efeitos anticoncorrenciais, mas também podem gerar eficiências na cadeia vertical resultantes da interação entre fabricantes e distribuidores.

De acordo com a legislação brasileira, as restrições verticais podem ser consideradas anticompetitivas quando:

(...) implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam. (BRASIL. 1999, P. 3)

Ao apresentar elementos que potencialmente podem gerar efeitos anticompetitivos, tais práticas são amplamente analisadas pelo órgão de defesa da concorrência no Brasil. O conjunto de infrações a ordem econômica estão previstas na lei 12.529/11, dentre elas, destacamos:

Impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras

condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros (BRASIL, lei 12.529/2011, título V, capítulo I, art. 36, alínea IX).

“Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços” (BRASIL, lei 12.529/2011, título V, capítulo I, art. 36, alínea X).

Tais alíneas poderiam fazer com que a interpretação a fixação do preço de revenda, diferenciação de preços, recusa de negociação e restrições territoriais e de base de clientes como medidas que estariam infringindo a ordem econômica, como “Vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo” (BRASIL, lei 12.529/2011, título V, capítulo I, art. 36, alínea XV).

Diante das exposições em lei, as restrições verticais adotadas devem ser realizadas de maneira a não provocarem efeitos anticompetitivos. Conforme a literatura, as medidas são analisadas e interpretadas de acordo com a regra da razão e cuidando para que as eficiências geradas para a sociedade sejam sempre maiores que os efeitos negativos.

Existem três escolas que discutem os efeitos das restrições verticais sobre a sociedade, a escola de Chicago, um grupo de autores que defendem que tais práticas geram sempre efeitos anticompetitivos e um outro grupo de autores que defende que as restrições são prejudiciais caso as empresas detenham poder de mercado.

De acordo com o texto da Office of Fair Trading:

a escola de Chicago adota em seu estudo, economia situação de concorrência perfeita. As restrições verticais existem para eliminar qualquer distorção nos preços, otimizar níveis de investimento e eliminar custos de transação e comportamentos oportunistas pelas distribuidores e outras falhas de mercado” (DOBSON; WATERSON. 1996, p. 1, tradução nossa).

As restrições verticais trazem eficiências privadas para as partes envolvidas e podem proporcionar bem estar através do aumento da produtividade e de alocações eficientes. Os autores da Office of Fair Trading citam que “Steiner (1991) descreve seu modelo por único estágio onde os arranjos verticais são representados por relacionamentos não complexos entre o agente principal e seus distribuidores” (DOBSON; WATERSON. 1996, p. 2, tradução nossa).

O distribuidor neste caso é um mero agente que distribui os produtos para o mercado. Suas funções são dadas em condições de competição perfeita, onde operam características de fácil entrada, muitos competidores, e alta mobilidade entre compradores e vendedores em virtude de diferenças entre pequenos preços (dada homogeneidade do serviço dos distribuidores).

A questão levantada pelos autores da Office of Fair Trading diante desta visão da escola de Chicago é que pela literatura recente, os consumidores intermediários são muito mais que simples distribuidores. Eles promovem serviços gerais e específicos para os consumidores finais, incluindo demonstrações, informações, estocagem e armazenagem dos produtos, entre outros. Desse modo a demanda por tais bens não é exógena aos distribuidores (DOBSON; WATERSON. 1996, p. 2).

Ao oferecerem um serviço diferenciado, eles estão sujeitos a custos implicando que inviabiliza a premissa da economia em concorrência perfeita. Desse modo, os autores da Office of Fair Trading defendem que o mais apropriado é considerar os efeitos da ação dos dois agentes, o fabricante e o distribuidor através de um modelo de dois estágios, reconhecendo que a competição imperfeita (DOBSON; WATERSON. 1996, p. 2).

Em Fagundes (2005. p. 6), alguns autores defendem que restrições geram efeitos anticompetitivos amplos e outro grupo de autores defende que caso a empresa possua poder de mercado, as restrições verticais impostas podem prejudicar a concorrência, uma vez que estas estarão voltadas para promover ganhos privados, sem gerar ganhos para a sociedade.

Nos dois casos, caberá avaliação das agências antitruste averiguar se no cômputo final haverá um aumento do excedente total na economia e não somente para os produtores.

Os interesses privados e sociais muitas vezes não convergem sendo importante à intervenção das agências de defesa da concorrência para verificar se os ganhos não estão favorecendo apenas os interesses privados dos agentes.

3.3 Competições intramarcas e intermarcas

Diante do exposto até aqui, os conceitos de competição intramarca e intermarcas serão apresentados com a finalidade de mostrar situações em que as restrições verticais geram eficiências à cadeia e sua importância para garantir a competição.

A definição de competição intermarcas é aquela que ocorre entre firmas upstream, dentro de um mesmo mercado relevante e pode induzir a coordenação entre fabricantes e distribuidores dentro de uma estrutura vertical com a finalidade de disciplinar o comportamento desses agentes.

Dentro da cadeia podem ocorrer problemas de externalidades, custos de transação, efeito carona entre distribuidoras ou entre fabricantes que geram ineficiências e podem prejudicar a concorrência intermarcas.

Dessa maneira, restrições verticais são adotadas para coordenar a dinâmica entre firmas downstream e assim reduzir a competição intramarca. O comportamento predatório entre elas, que no começo pode parecer benéfico para a concorrência, com o tempo acaba gerando efeitos pouco eficientes que trazem malefícios tanto para os produtores como para os consumidores afetando assim a concorrência intermarcas.

Uma distribuidora que incorre em custos irre recuperáveis ou custos elevados para, por exemplo, oferecer um serviço pós venda de melhor qualidade aos clientes, oferecer uma estrutura de venda mais apropriada, pode ser prejudicada por uma distribuidora que comercializa a mesma marca e não realiza os mesmos investimentos.

O produto ou serviço será vendido a um preço mais competitivo, porém sem os benefícios que a distribuidora concorrente oferece. Para a produtora, tal comportamento não é benéfico, perderá a distribuidora prejudicada para uma concorrente forte, ficando apenas com distribuidoras que não oferecem os mesmos benefícios a sua marca e os consumidores desta marca por sua vez, também serão prejudicados ao receberão o produto ou serviço com qualidade inferior.

Esta conduta pode ser evitada através de restrições territoriais ou por fixação do preço de revenda. Acordos de exclusividade, por exemplo, evitam efeito carona entre produtoras e entre distribuidoras que podem prejudicar a competição intermarcas.

Investimentos realizados por uma produtora em determinada distribuidora sem o estabelecimento de um contrato, não garante que seu produto seja comercializado de maneira mais eficiente. Dessa forma, os gastos realizados para, por exemplo, melhorar o espaço proporcionando uma estrutura mais adequada para seu produto ou a realização de treinamentos de capacitação aos vendedores, acabarão sendo aproveitadas por produtoras concorrentes as quais não incorreram em nenhum gasto (carona entre produtoras). Esta conduta pode levar a investimentos subótimos das produtoras (DOBSON; WATERSON. 1996, p. 16).

Caso determinado produto deva ser comercializado seguindo determinadas especificações do produtor e não haja nenhum contrato que obrigue as distribuidoras a cumprirem

tais diretrizes, aquelas que não cumprirem poderão pegar carona e vender o produto que foi apresentado ao consumidor por outra distribuidora (carona entre distribuidoras).

Esta conduta pode resultar em problemas de distribuição onde estabelecimentos com pouca qualificação não serão capazes de vender de maneira eficiente o produto de alta qualidade e os estabelecimentos que possuem qualificação poderão preferir não comercializar o produto, uma vez que o investimento não lhe trará o retorno esperado, ou mudar de marca (DOBSON; WATERSON. 1996, p. 7).

Conforme descrito na Resolução nº 20, restrições verticais podem evitar ineficiências, entretanto do mesmo modo gerar efeitos anticompetitivos. Desse modo as agências antitruste devem analisar tais condutas e verificarem se estas estão sendo aplicadas sem prejuízo a concorrência.

A fraca competição intermarcas pode gerar efeitos anticompetitivos. “(...) mudanças no grau de competição intramarcas modificam o grau de competição intermarcas. Estas mudanças, bem como a própria redução da concorrência intramarca quando a rivalidade intermarcas é fraca, geram potenciais efeitos anticompetitivos.” (FAGUNDES. 2005, p. 8)

CAPÍTULO 4: ANÁLISE DA ESTRATÉGIA DE EXCLUSIVIDADE “TÔ CONTIGO” DA EMPRESA AMBEV

Diante de todos os pontos expostos até aqui, será analisado o conteúdo do voto referente ao caso do programa de fidelidade “To Contigo” criado pela empresa AmBev, caso este sob o qual foi instaurado um processo administrativo (processo administrativo nº 08012.003805/2004-10 – público) e julgado pelo CADE em 2009.

4.1 Contextualização do caso

A AmBev é resultado da fusão das empresas Brahma e Antártica ocorrida em 1999 e se torna a maior empresa de cerveja no Brasil. A aprovação pelo CADE deste ato de concentração ocorreu após o anúncio da fusão destas empresas, conforme os critérios da legislação vigente a época (Lei 8.884/94).

Em 2004 a empresa Schincariol denunciou o programa de fidelização “Tô Contigo” da empresa AmBev junto ao CADE. Ela acusava a AmBev de oferecer aos pontos de venda descontos, acordos de exclusividade e outras condutas que prejudicavam a venda de marcas concorrentes (RODRIGUES, 2009).

Neste mesmo ano foi instaurado um processo administrativo para averiguação do programa e apurar possíveis efeitos anticoncorrencias decorrentes do programa de fidelidade “Tô Contigo” da Ambev. A Representante neste processo administrativo é a “Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes” (Schincariol) e a Representada a “Companhia de Bebida das Américas” (AmBev) (BRASIL, 2009, p. 1).

A AmBev possuía quase 70% de market share e a Schincariol a acusava de abuso de poder de mercado. (FERNANDES; WIZIACK, 2009). Apesar de formalmente não apresentar regras de exclusividade por parte da AmBev com os pontos de venda, diante da alegação da Schincariol, a SDE investigou como o programa era interpretado pelos pontos de venda e a interação deles com a AmBev durante o programa (mais detalhes sobre os procedimentos realizados pela SDE e detalhes sobre o programa seguem nos próximos tópicos deste capítulo).

Este foi o primeiro grande julgamento administrativo contra a AmBev. Após as investigações foi possível verificar que tal estratégia de fato gerava efeitos anticompetitivos e a

SEAE, SDE e a Procuradoria do CADE recomendaram ao conselho a sua condenação (RODRIGUES. 2009).

A empresa AmBev foi condenada por unanimidade pelo plenário do CADE em julho de 2009 por abuso de posição dominante (CADE INFORMA. 2009). A multa aplicada na condenação da conduta foi na época a maior que o CADE já havia aplicado até então. Antes, a maior multa havia sido contra a empresa Gerdau por formação de cartel no setor de aço (RODRIGUES. 2009).

Destacamos assim que este foi um caso de extrema relevância para a matéria antitruste no Brasil, uma vez que foi possível identificar o abuso de posição dominante praticado por uma empresa líder no mercado de cervejas, todas as implicações anticoncorrenciais de tal prática à sociedade e a atuação e punição desta conduta pelo órgão de defesa da concorrência.

Nos próximos itens seguem a descrição do caso e suas consequências.

4.2 Descrição do caso

De acordo com o voto, o Programa “To Contigo” era um programa de relacionamento entre a empresa AmBev e distribuidores de cervejas: pontos de venda (PDV) em geral bares e restaurantes. O programa consistia em um “(...) sistema de premiação equivalente a um desconto no preço na caixa de cerveja.” (BRASIL. 2009, p. 40).

A compra de caixas de cervejas geravam pontos os quais podiam ser trocados por prêmios de bonificação oferecidos pela AmBev. A priori, se o programa se resumisse em troca de pontuação por prêmios acumulado pelo PDV em função das quantidades compradas de garrafas de cerveja, não apresentaria efeitos anticoncorrenciais.

Do ponto de vista formal, o programa “Tô Contigo” não exigia dos PDV exclusividade, imposição de produtos ou marcas, quantidades mínimas de compra, permanência mínima, não havia a tentativa de impelir vendas de outros produtos AmBev (não induzia a compra casada) e havia transparência. (BRASIL. 2009, P. 45).

Entretanto, evidências encontradas pela SDE indicam que o programa de fidelidade por bonificação por meio de prêmios “Tô Contigo” apresentava outras características, além das previstas do ponto de vista formal.

O levantamento das provas indicou uma série de comportamentos da empresa Representada que geravam situações para impor exclusividade dos seus produtos aos PDV, limite de compra de produtos rivais e falta de transparência na condução do Programa “Tô Contigo” gerando efeitos anticompetitivos.

A SDE elaborou questionários para obter depoimento dos PDV que visavam “(...) responder diretamente as dúvidas da Secretaria, quais sejam, se a prática de exclusividade era percebida pelo ponto de venda como parte do Programa, se outros benefícios compunham o Programa e se haviam uma reputação constituída quanto à retaliação” (BRASIL. 2009, p. 30).

A pesquisa foi realizada através do Instituto IBOPE e detectou que para tais PDV existia a percepção de exclusividade no programa “Tô Contigo” e que a “(...) exclusividade ou a limitação de compra de marcas rivais eram exigidas em parte dos casos” (BRASIL. 2009, p. 47).

No voto, além da pesquisa IBOPE, também constam alguns depoimentos de PDV que revelam a exigência de exclusividade e até fiscalização por parte de distribuidores da AmBev nos estabelecimentos para verificar a existência e comercialização de marcas concorrentes (BRASIL. 2009, p. 47).

A pesquisa IBOPE indica que 49% dos PDV e 51% de bares e lanchonetes entrevistados afirmaram que a empresa exigia exclusividade nas vendas de cervejas. Outro ponto levantado com a pesquisa foram limites estabelecidos de quantidades máximas que os estabelecimentos participantes poderiam adquirir de cervejas concorrentes, 25% dos entrevistados dizem que o Programa estabelece limites de compra de cervejas rivais (BRASIL. 2009, p. 51).

Também consta na pesquisa que um terço dos participantes entrevistados acreditava que poderiam sofrer “(...) retaliações comerciais outras que a perda de pontuação caso comercializassem cervejas rivais.” (BRASIL. 2009, p. 52). E ainda evidências de outros descontos para a entrada no programa.

A partir das percepções divergentes dos PDV detectadas pela pesquisa, o relator identificou falta de transparência do Programa o que gera efeitos anticoncorrenciais:

O correto entendimento das regras é essencial para a execução do programa nos seus moldes formais. Portanto, estratégias de marketing e de vendas que confundem o cliente, além de serem condenáveis de um ponto de vista ético, têm ressonância no campo do direito da concorrência, quando criam a percepção de exclusividade de vendas ou limitação de compras de marcas rivais. Em outras palavras, no campo de

execução do programa, adotar estratégias que não deixavam claros os requisitos formais ou que utilizavam e jogos de linguagem e subterfúgios para confundir os PDVs podem ter efeitos anticoncorrenciais perversos. (BRASIL. 2009, p. 53).

Do material levantado pela SDE, também foi identificado pelo relator que “(...) recusa do ponto de venda em comercializar apenas cervejas da Representada é motivo para sua exclusão do programa (...)” e que a Representada realizava uma seleção dos PDV participantes do programa, através de uma avaliação na qual incluíamos seguintes aspectos “(...) potencial de vendas e a capacidade de pagamento (adimplência) do PDV.” (BRASIL. 2009, p. 61).

A partir do material levantado para investigação pela SDE, foi possível evidenciar os seguintes pontos: (i) a adesão ao Programa “Tô Contigo” pelos PDV selecionados pela Representada é elevada, (ii) existia limite mínimo de volume de compra de caixas de cerveja para que fosse realizada a adesão, (iii) um dos objetivos do programa “Tô Contigo” era a conquista de maior participação de mercado, (iv) o programa procurava exclusividade de venda por parte dos PVD e (v) eram realizados monitoramentos por parte da Representada para verificar se estava ocorrendo a venda de cervejas rivais (BRASIL. 2009, p. 60).

A estratégia da AmBev em conceder descontos e ao mesmo tempo exigir exclusividade ou percentual mínimo de cervejas AmBev no estabelecimento participante leva a ganhos de mercado de maneira “protegida” das rivais (BRASIL. 2009, p. 65).

Diante dos pontos levantados e do material recolhido, o voto conclui que o Programa não se restringe a bonificação em forma de prêmios, visando dificultar o acesso aos distribuidores prejudicando a concorrência (BRASIL, 2009, p. 66). Citamos:

(...) os benefícios a longo prazo do programa não se resumem a um aumento da quantidade de cervejas vendidas, mas também criam dificuldades ao acesso das empresas concorrentes aos canais de distribuição dos seus produtos; no caso, aos varejistas, que se situam entre as empresas fabricantes de cervejas e os consumidores finais. (BRASIL. 2009, p. 66)

4.3 Ineficiência econômica e efeitos anticompetitivos

O voto conclui que o Programa “To Contigo” impunha as empresas downstream condutas que geram efeitos anticompetitivos para suas rivais upstream. O processo administrativo identificou elevação dos custos das rivais de maneira artificial, o fechamento de

mercado por elevação de barreiras à entrada, a exigência de exclusividade de seus participantes e a falta de clareza nas regras do Programa “Tô Contigo”.

A Representada possui 69,3% da atividade nacional de cervejas, o que implica em um grande poder de mercado. Ao induzir os PDV a venderem apenas seus produtos, muda o padrão de competição na margem para a competição pelo lote, ou seja, pelo PDV (BRASIL. 2009, p. 75).

Os PDV não participantes do Programa da AmBev poderiam enfrentar desvantagens em suas vendas por não ganharem os mesmos benefícios de suas concorrentes participantes. Desse modo, a adesão de um PDV gerava efeito de adesão dos seus rivais que também passam a aproveitar os benefícios do Programa e a aceitar suas exigências de exclusividade.

Dessa forma, com um número maior de PDV exclusivos à cerveja AmBev diminui a possibilidade de entrada de cervejas rivais nesse meio de distribuição.

A diferenciação dos produtos nas indústrias de cervejas é realizada a partir de investimentos em marketing para que sua imagem seja amplamente divulgada entre os consumidores. Caso encontrem dificuldades em distribuir seus produtos entre os PDV o alcance dos seus produtos diminuiria entre os consumidores e os custos se elevariam. Destacamos:

A presença de economias de escala no mercado de cervejas agrava a dificuldade de competição para os concorrentes, pois uma entrante, ou um rival já estabelecido, possui economias de escala no custo de distribuição ao fornecer cerveja a diversos PDVs na mesma área. Assim a possibilidade de entrada é reduzida e os competidores existentes no mercado têm seus custos artificialmente elevados diminuindo sua capacidade de contestar os produtos da AmBev. (BRASIL. 2009, p. 75)

Mudanças na dinâmica das empresas downstream participantes do Programa, fazem com que as fabricantes rivais aumentam seus gastos com comercialização e marketing de seus produtos, na tentativa de se manterem no mercado. Esta conduta é caracterizada como anticompetitiva (BRASIL. 2009, p. 78). Citamos:

(...) políticas desse tipo proporcionam reduções no grau de contestação no mercado downstream por parte das demais empresas cervejeiras, com prejuízo a livre concorrência (e possíveis aumentos de preço ao consumidor final) ou, em um caso potencialmente mais agudo, a saída de competidores igualmente competitivos e/ou eficientes do mercado upstream. (BRASIL. 2009, p. 78)

Além disso, como já descrito acima, diante das exigências do Programa “Tô Contigo” os PDV que não tivessem um elevado desempenho de vendas ou restavam inadimplentes eram rejeitados.

Estes não eram obrigados a cumprir a exclusividade com as cervejas da marca AmBev e poderiam comercializar cervejas rivais livremente.

A questão é que as cervejarias rivais teriam um acesso maior a estes PDV menos eficientes disponíveis no mercado, estratégia que também elevaria seus custos de maneira artificial por dependerem de distribuidores menos eficientes e inadimplentes (BRASIL. 2009, p. 82).

Nos acordos entre a Representada e os PDV foi identificado não linearidade dos preços dos produtos, o qual não advinha de descontos proporcionais às quantidades de caixas de cerveja adquiridas. Dependendo do poder de negociação dos PDV os descontos eram dados para fazê-los participar do Programa e aceitar a exclusividade imposta pela AmBev.

Essa estratégia elevava de maneira artificial os custos de suas rivais, gerando o fechamento de mercado, pois obrigava as cervejarias rivais a também fornecerem descontos que deveriam ser maior e proporcional a suas vendas. Caso uma cervejaria rival viesse a negociar com um PDV que tenha saído do Programa, ela era obrigada a cobrir também os custos de saída do PDV (BRASIL. 2009, p. 78).

Observa-se até aqui que, de alguma maneira, as estratégias adotadas pela AmBev resultava em aumento artificial dos custos de suas rivais, o que é uma conduta anticompetitiva.

Sobre a exclusividade imposta, diante da baixa complexidade tecnológica exigida na produção da cerveja, concluiu-se que ela não se justificava.

Não é necessário barrar eventuais comportamentos “caronas” de empresas rivais, incorrer em elevados gastos com esforços de venda para demonstrar seus produtos aos consumidores, proteção à reputação, ou incorrer em custos irrecuperáveis necessários a apresentação de seu produto, como previsto na Resolução nº 20 do CADE.

Desse modo, não existem justificativas válidas para sustentar a estratégia de exclusividade imposta pelo Programa “Tô Contigo”. Tal conduta não gera efeitos econômicos positivos para sociedade, uma vez que os consumidores finais terão que aceitarão os preços e disponibilidade de produtos imposta pela empresa dominante. (BRASIL. 2009, p. 79 e p. 82).

A imposição de exclusividade ou de limites de compra de cervejas rivais pela Representada (presente em depoimentos dos PVD, na pesquisa IBOPE e nos materiais recolhidos na empresa) evidencia a não-linearidade do Programa. Os competidores para reestabelecer as condições iniciais no mercado e recuperar a participação do market share são obrigados a darem descontos maiores do que os ofertados pela empresa líder (BRASIL. 2009, p. 82). Destacamos:

“(...) para haver efeitos anticompetitivos, não é necessário que ocorra a prática de fechamento de mercado; basta que se constate a não-linearidade em programas de empresas em posição dominante.” (BRASIL. 2009, p. 84).

A conclusão sobre os efeitos anticompetitivos do programa apontado pelo voto é que a empresa possui “(...) potencial de arrefecimento da concorrência, fechamento de mercado e de elevação artificial dos custos de rivais.” (BRASIL. 2009, p. 84).

4.4 Condenação pelo CADE

Diante do exposto, a conclusão do CADE é que tal prática gerava comportamento anticompetitivo. O voto utilizou a lei 8.884/94 ainda vigente na época do voto, uma vez que o caso ocorreu antes de 2011. Como já observado, ela pune condutas potencialmente anticompetitivas, mesmo que estas não sejam alcançadas.

Do processo administrativo, destacamos:

Analisando os documentos da inspeção, têm-se prova cabal que havia intenção de produzir os efeitos de limitação e falseamento da concorrência pela criação de barreiras à entrada de concorrentes nos PDVs e nos mercados. (...) a análise econômica demonstrou os efeitos anticompetitivos e provou que eles são possíveis de ocorrer enquanto que a prova da intenção apenas reforçou o fato. (BRASIL. 2009, p. 85)

Diante da análise do caso, considerou-se que a Representada possui potencial de produzir efeitos que infringem a ordem econômica prevista na Lei 8.884/94, inciso I e IV do art. 20 que seguem:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante;

Soma-se a estas condutas, outras previstas no Art. 21 também da Lei 8.884/94.

Ao aumentar de maneira artificial os custos de suas rivais, dificulta a entrada de competidoras potenciais bem como a permanência das competidoras que já estão no mercado. A vedação a esta conduta encontra-se prevista no art. 21, inciso IV.

“O programa cria dificuldades às empresas concorrentes já existentes no mercado de cerveja, seja aumentando seus custos e publicidade e marketing, seja diminuindo artificialmente suas margens, mesmo que sejam tão eficientes quanto à AmBev.” (BRASIL. 2009, p. 86). A vedação a esta conduta encontra-se prevista no art. 21, inciso V.

Ao exigir exclusividade dos PDV, a Representada restringe o acesso aos meios de distribuição, a divulgação de marcas concorrentes e aumenta os custos de distribuição. A vedação a esta conduta encontra-se prevista no art. 21 inc. VI.

Da Lei 8.884/94, Art. 21, incisos IV, V e VI:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

Diante do exposto reforçado pela análise econômica a qual não identificou eficiências geradas pela conduta, a Representada foi condenada administrativamente por infringir o artigo 20, incisos I e IV e o artigo 21, incisos IV, V e VI da Lei 8.884/94.

A empresa foi multada em R\$352.693.696,58, critério estabelecido conforme artigo 23, inc. I da Lei 8.884/94 (BRASIL. 2009, p. 94).

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo identificar o de abuso e posição dominante e como órgão de defesa da concorrência no Brasil pune esta prática, considerada pela legislação brasileira como conduta anticompetitiva.

O estudo presente no segundo capítulo fornece elementos necessários para a identificação da posição dominante. Já o estudo sobre restrições verticais evidencia quais são os efeitos anticompetitivos que uma empresa em posição dominante pode gerar ao adotar praticas restritivas dentro da cadeia em que atua.

Para que fosse possível evidenciar os efeitos negativos resultantes do abuso de posição dominante por meio de pratica restritiva vertical (para os agentes integrantes da cadeia e principalmente para os consumidores) e como é a atuação de repressão a tal prática pelo órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil utilizamos o voto referente ao caso “Tô Contigo” da empresa AmBev.

O CADE identificou no Programa “Tô Contigo” abuso de posição dominante por parte da Representada e diante de todas as provas e argumentos levantados no voto, condenou a prática. A análise é complexa e exige provas concretas para se provar que a conduta resulta em efeitos negativos à sociedade, porém quando identificadas, são condenadas por apresentarem risco à concorrência.

Dessa forma, as condutas adotadas pelos agentes econômicos, principalmente daqueles que se encontram em posição dominante, devem gerar eficiências econômicas para toda a sociedade e não se limitando a interesses particulares.

A atuação do órgão de defesa da concorrência deve assegurar a ordem econômica prevista na Lei 12.529/11 e a livre concorrência prevista na Constituição Federal, artigo 170, inciso IV.

REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo C.; BAGNOLI, Vicente; CHINAGLIA, Olavo Z. Os cinquenta anos do Cade. Valor Econômico. 03 maio 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2641858/os-cinquenta-anos-do-cade>>. Acesso em: 29 novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº. 4.137 de 10 e setembro de 1962. Portal legislação Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 02 de julho de 2012

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Portal legislação Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 02 de julho de 2012.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Portal legislação do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 02 de julho de 2012.

BRASIL. Resolução nº 20, de 09 de Julho de 1999, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Justiça. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 24 de abril de 2012.

_____. Voto referente ao Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 – Público, de 22 de julho de 2009. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relator Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/t212201216148513.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2012.

CADE INFORMA. Caso Ambev: juiz dá publicidade à liminar concedida à empresa. Cade Informa Notícias. Novembro de 2009, nº 22. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n022/noticias.htm>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2012.

DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael. Vertical Restraints and competitive policy. Office of fair trading. Research paper nº 12. Reino Unido, dezembro de 1996. Disponível em: <http://wrap.warwick.ac.uk/19/1/WRAP_Watson_oft177.pdf> Acesso em 10 setembro 2012.

FAGUNDES, Jorge; Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análise antitruste. São Paulo: Singular, 2003. 242 p.; 21 cm.

_____. Restrições verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo, v. 12, n. 6, 2005.

FERNANDES, Fátima; WIZIACK, Julio. Cade deve condenar AmBev e Telefônica. Folha de São Paulo. 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2207200929.htm>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2012.

GEOFFROY, Ricardo Corrêa; Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas. In: V Prêmio SEAE 2012: monografias em defesa da concorrência e regulação econômica. Brasília: Edições Valentin: secretaria de acompanhamento econômico, 2011, p. 69-133.

KUPFER, David. In; HASENCLEVER, Lia; KUPFER, David (Org.). Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. Capítulo 6.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. In: HASENCLEVER, Lia; KUPFER, David (Org.). Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. Capítulo 21.

OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. 42ª Reunião do Fórum Permanente da Concorrência. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1863>>. Acesso em 29 nov. 2012.

POSSAS, Mario Luiz; Limites normativos da análise econômica antitruste. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo, v. 16, n. 1, p.235-272, 2009.

RODRIGUES, Lorena. Cade aplica multa recorde de R\$ 352 milhões a AmBev. Folha de São Paulo. 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u598636.shtml>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2012.

SCHUARTZ, Luis Fernando; Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste? Revista do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo, v. 13, n. 2, p. 153-182, 2006.

THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP. Unilateral conduct workbook. Assessment of dominance. Capítulo três. 10ª conferência anual da ICN. Holanda, maio de 2011. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc752.pdf>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

_____. International competition network. Report on single branding/exclusive dealing. 7ª conferência anual da ICN. Quioto, abril de 2008. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc355.pdf>>. Acesso em 10, setembro de 2012.

_____. Práticas recomendadas. Dominance/ substantial market power analysis pursuant to unilateral conduct laws. Capítulo dois. Singapura, junho de 2012. Disponível em: <<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf>>. Acesso em 10 setembro de 2012.