

A cláusula de preferência em relações verticais entre empresas

João Marcelo da Costa e Silva Lima¹

RESUMO:

O objetivo deste texto é oferecer subsídios para uma análise sistematizada da cláusula de preferência, levando em consideração efeitos anticompetitivos e eficiências. Argumenta-se que uma maior sistematização da análise antitruste de restrições verticais em geral pode resultar nos seguintes ganhos para a sociedade: (i) a possibilidade dos agentes de mercado realizarem, ao redigirem contratos, uma análise preventiva antitruste; (ii) maior segurança jurídica; e (iii) a economia para os cofres públicos, permitindo às autoridades antitruste, conseqüentemente, concentrar seu orçamento na investigação de condutas mais graves.

Palavras-chave: Cláusula de Preferência, Restrições Verticais, Fornecimento, Contracts That Reference Rivals, Custos de Transação

ABSTRACT:

The purpose of this paper is to provide insight to a systematic approach to the antitrust assessment of the preference clause (right to match or English clause), a vertical restraint. It is argued that a more systematic analysis of antitrust vertical restraints in general can result in the following benefits: (i) the possibility of *a priori* antitrust assessment of vertical restraints, (ii) greater legal certainty, and (iii) savings to the public treasury, allowing the antitrust authority to further focus its already restrained budget on the investigation of anticompetitive practices that are more serious.

Key-words: Preference Clause, Vertical restraints, Supply, Contracts That Reference Rivals, Transaction costs.

Classificação JEL: K21 + L40 + L42

¹Graduando em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro. E-mail: joamarcelocslima@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da literatura sobre restrições verticais a *Contracts That Reference Rivals* (CRR). 2.1. A origem da literatura CRR: restrições verticais. 2.2. *Contracts That Reference Rivals*: por uma maior sistematização da análise antitruste em restrições verticais. 3. A cláusula de preferência: entre eficiências e efeitos anticompetitivos. 3.1 Possíveis efeitos anticompetitivos. 3.1.1 Enfraquecimento da rivalidade entre as empresas. 3.1.2 Aumento de custos dos rivais: uma estratégia potencialmente exclusionária. 3.1.3 Incentivo à colusão tácita. 3.2 Possíveis eficiências. 3.2.1 Redução de custos de transação. 3.2.2 Redução de atrasos na concretização de transações. 3.2.3 Mitigação de situações de *hold-up* contratual. 3.2.4 Economias de escala e escopo. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Em 2010, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) julgou um caso que, pelo mercado afetado, teve grande repercussão pública: o da Globo e o Clube dos 13, grupo composto pelos maiores times de futebol do campeonato brasileiro à época². O Processo Administrativo, que terminou em acordo (especificamente, Termo de Cessação de Conduta), foi instaurado devido a indícios de infração à ordem econômica decorrente do contrato de venda de direitos de transmissão de jogos do campeonato brasileiro entre a Globo e o Clube dos 13. De acordo com a antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE), algumas cláusulas do referido contrato prejudicavam a concorrência no mercado de transmissão de jogos do campeonato brasileiro.

O contrato previa, de fato, não só o direito de exclusividade de transmissão dos jogos do Clube dos 13 durante o período de sua vigência (cinco anos), como também uma cláusula de preferência, que funcionava como uma renovação privilegiada. Em outras palavras, se, ao final do período de vigência do contrato de transmissão, outra empresa atuante no mercado de transmissão de jogos do campeonato brasileiro fizesse ao Clube dos 13 uma proposta de aquisição dos direitos de transmissão que fosse mais vantajosa, a Globo tinha um mês para igualar essa proposta. Se conseguisse igualá-la, ou oferecesse uma proposta ainda mais vantajosa, o Clube dos 13 era obrigado a renovar o contrato de direito de transmissão de jogos, em regime de exclusividade contratual.

Uma das previsões do acordo entre o Cade, a Globo e o Clube dos 13 foi a obrigação de a Globo suprimir, unilateralmente, a cláusula de preferência, por ser considerada pelas

²Processo Administrativo n. 08012.006504/97-11. Representadas: TV Globo Ltda., Globo Comunicações, Associação Brasileira dos Clubes de Futebol Brasileiro (Clube dos Treze) e outros. Conselheiro-relator: César Costa Alves de Mattos. Decisão de 20 de outubro de 2010.

autoridades antitruste prejudicial à concorrência no mercado de transmissão de jogos do campeonato brasileiro.

Um ano antes da solução acordada do caso Globo, o Cade analisou outro contrato que também continha cláusula de preferência. Tratava-se de contrato de fornecimento entre a Votorantim Cimentos Brasil (Votorantim) e a Qualimat³. De acordo com as estipulações contratuais, a Votorantim comprometia-se a adquirir da Qualimat argamassas colantes e argamassas de rejuntamento por um período de três anos. Além de uma cláusula de exclusividade em relação ao fornecimento em determinadas regiões do Brasil, o contrato igualmente previa uma cláusula de preferência no fornecimento de argamassas nas demais regiões não abarcadas pela exclusividade. A operação foi aprovada sem restrições em 8 de julho de 2009.

Diante desses dois casos até agora mencionados, cabe a seguinte pergunta: em que situações a cláusula de preferência tem o condão de gerar preocupações concorrenciais? O objetivo deste artigo é oferecer subsídios para uma resposta a essa questão. Embora as cláusulas de preferência dos casos mencionados acima sejam diferentes em alguns aspectos⁴, suas semelhanças permitem uma análise a partir dos mesmos parâmetros, o que também é desejável sob a ótica de política de defesa da concorrência, como se verá abaixo. Espera-se, ao final do texto, propor e descrever parâmetros para uma análise sistematizada da cláusula, que leve em consideração seus efeitos pró e anticompetitivos.

Na primeira parte do texto, contextualizar-se-á o debate da literatura tradicional sobre restrições verticais com o objetivo do presente estudo, que é contribuir para uma análise menos casuística e mais sistematizada desse fenômeno antitruste (**Parte II**). Na segunda parte, elencar-se-ão os parâmetros de uma análise sistematizada da cláusula de preferência, a partir de um estudo dos efeitos anticompetitivos e das eficiências de cláusulas de preferência, utilizando de maneira ilustrativa o caso Globo e Clube dos 13 e, também, o caso Qualimat⁵ (**Parte III**).

³Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009.

⁴Enquanto a cláusula de preferência no caso Qualimat pode ser considerada uma *Meet-or-Release Clause*, ou um *Right to Match*, a ser utilizado ao longo do período em que o contrato está em vigência, a cláusula de preferência no caso Globo e Clube dos 13 é essencialmente uma cláusula de renovação obrigatória, ou o que a doutrina chama de *English Clause*, definido pela Comissão Europeia como “Contractual agreement in the context of single branding arrangements between a supplier and its customer (for example, a retailer), allowing the latter to purchase a product from other suppliers on more favourable terms, unless the ‘exclusive’ supplier accepts to supply the product under the same advantageous conditions”. (EC. *Glossary of terms used in EU competition policy: Antitrust and control of concentrations*. Directorate-General for Competition Brussels, Julho, 2002.)

⁵A opção por aplicar os conceitos da literatura de CRR aos casos Qualimat e Globo e Clube dos 13 tem objetivo meramente ilustrativo. Os casos serão utilizados apenas para ajudar a compreensão dos parâmetros de análise que este texto se propõe a elucidar, e não serão uma reprodução da análise feita pelo Cade em relação a eles.

2. Da literatura sobre restrições verticais a *Contracts That Reference Rivals (CRR)*

Não são atípicos, entre os contratos celebrados por empresas, contratos de distribuição, franquia, locação e fornecimento. Todos têm algo em comum: criam, entre as empresas contratantes, relações verticais. Em linhas gerais, relações verticais compreendem processos produtivos complementares⁶, ao contrário de relações horizontais, que englobam processos produtivos substitutos.

2.1. A origem da literatura CRR: restrições verticais

Toda relação vertical está sujeita à possível existência de restrições verticais, isto é, mecanismos de transferência de direitos que objetivam promover a coordenação vertical e “a realização de ganhos que não poderiam ser obtidos se as decisões fossem preservadas autonomamente por cada parte de uma transação⁷”. No entanto, quando essa transferência de direitos configura estratégia excludente por parte de empresa dominante, poderá causar prejuízos à concorrência por possibilitar fechamento de mercado, o que justifica a intervenção por parte das autoridades de defesa da concorrência⁸, encarregada de avaliar, pormenorizadamente, se de fato houve lesão à concorrência decorrente de tal conduta.

No entanto, até a literatura chegar a essa constatação, houve muito debate. A doutrina e a jurisprudência nacional e internacional nem sempre estiveram convictas da necessidade de analisar restrições verticais sob a regra da razão, ou seja, com base na premissa de que

⁶É importante destacar que atividades complementares, ou seja, que estejam verticalmente relacionadas, são comumente intermediadas por contratos. Esses contratos podem alocar direitos e deveres entre as partes, em particular direitos de decisão, tais como “a que preço vender um produto” ou “de que adquirir o insumo”, como é o caso da cláusula de preferência. Pela capacidade de transferir direitos residuais de controle, em menor ou maior medida, diz-se ser a integração vertical um caso extremo de restrição vertical. A esse respeito, ver: FURQUIM, Paulo. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira*. São Paulo, EESP/FGV, Textos para discussão n. 264, julho de 2010., p. 3

⁷FURQUIM, Paulo. *Op. Cit.*, p. 2. De acordo com Jorge Fagundes, “As práticas restritivas, ou anticompetitivas, verticais são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços - ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores às suas na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam impor, às firmas compradoras (vendedoras) – ou eventualmente ao usuário final, se não for uma empresa - de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência”. (FAGUNDES, J. Restrições Verticais: Efeitos Anticompetitivos e Eficiências. In: *Revista do Ibrac*, vol. 12, número 6, 2005, p. 5).

⁸FURQUIM, Paulo. *Ibid.* Não é por outra razão que, no Brasil, restrições verticais são frequentemente objeto de escrutínio por parte das autoridades de defesa da concorrência, o que ocorre tanto no controle preventivo de estruturas de mercado, isto é, Atos de Concentração, quanto na repressão a condutas anticompetitivas (Processos Administrativos).

restrições verticais podem ser anticompetitivas, mas que a lesão à concorrência resultante de tais restrições pode ser compensada por eficiências⁹.

De fato, nos Estados Unidos, país em que o estudo das restrições verticais teve, historicamente, seu maior desenvolvimento, predominou de início a posição de que o controle vertical funcionava “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”¹⁰. Para a tese de alavancagem, a restrição vertical constituiria infração à ordem econômica porque empresas dominantes em dado mercado poderiam utilizar-se de sua posição dominante para afetar a concorrência entre distribuidores e criar uma nova posição dominante em um mercado até aquele momento competitivo¹¹.

A tese da alavancagem, no entanto, foi fortemente rejeitada por estudiosos da Escola de Chicago, nomeadamente Posner¹² e Bork¹³. Esses autores demonstraram que o lucro máximo que pode ser obtido em uma cadeia produtiva – interligada por contratos que podem conter restrições verticais – é o lucro de um único monopólio. Vale dizer que a existência de dois monopólios consecutivos, um a montante e o outro a jusante¹⁴, mas 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”¹⁵, o que a literatura passou a chamar de “dupla margem”. E qual o resultado prático dessa conclusão? O que a Escola de Chicago logrou, portanto, argumentar é que não é possível extrair mais renda de uma demanda final do que aquela já apropriada por um monopolista. Conseqüentemente, “não haveria interesse no exercício de controle vertical para fins de alavancagem de poder de mercado nos demais elos de uma cadeia produtiva”¹⁶. Mas, sendo esse o caso, por que razão restrições verticais seriam tão frequentes, e inclusive caracterizadas pelo Conselheiro Ricardo Ruiz como “os negócios cotidianos com fornecedores e

⁹GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. . *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

¹⁰FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 4.

¹¹FURQUIM, Paulo. *Ibidem*.

¹²A respeito, ver: POSNER, R., *Antitrust Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

¹³Ver genericamente: BORK, R., *Antitrust Paradox*, New York: Basic Books, 1978.

¹⁴Numa relação vertical entre empresas em que, por exemplo, uma é fabricante de um determinado produto e outra se encarrega da distribuição desses produtos, a primeira é a “empresa a montante”, enquanto a segunda é a “empresa a jusante” (A respeito, ver: COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*. Jornal Oficial da União Europeia, 2008).

¹⁵FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 5.

¹⁶FURQUIM, Paulo. *Ibidem*.

com clientes, ocorrem no dia a dia e, muitas vezes, sete dias na semana”¹⁷? Porque – e quanto a isso há pouca controvérsia na literatura - estão frequentemente associadas a diversos tipos de eficiência, decorrentes de economias de escopo¹⁸, da redução de problemas informacionais¹⁹ e, também, de custos de transação²⁰.

Mais recentemente, criticou-se a premissa fundamental do argumento dos autores da Escola de Chicago, isto é, que o lucro de monopólio é o lucro máximo que pode ser extraído da demanda final, o que desincentivaria a utilização de restrições verticais para impor uma dupla marginalização. Para os críticos do trabalho da Escola de Chicago, dentre os quais se destacam Joe Farrell e Carl Shapiro, poderia haver incentivo econômico a inibir a concorrência via restrições verticais para proteger – e não aumentar – o lucro de monopólio pré-existente²¹. Dessa forma, restrições verticais, que têm a capacidade de fechar o mercado, podem ser estratégias cujo objetivo seria preservar o lucro pré-existente, ameaçado pela potencial entrada de concorrentes no mercado a montante²².

O resultado das divergências na literatura norte-americana é que hoje é unânime, na doutrina que se debruça sobre o tema das restrições verticais adotadas por empresas dominantes, o entendimento de que as autoridades de defesa da concorrência não devem analisá-las *per se*, e sim pela regra da razão²³. É apenas sob essa modalidade analítica de julgamento que se consegue levar em consideração eficiências inerentes a esses arranjos contratuais²⁴ - o que a evolução da literatura americana sobre restrições verticais descrita acima é clara em mostrar.

¹⁷CONJUR. Sociedade dá pouca importância às restrições verticais. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-27/sociedade-importancia-restricoes-verticais-membro-cade>. Acesso em: 20/07/2013.

¹⁸SCHERER, F.M. e ROSS, D.. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. USA: Houghton Mifflin Company, 1990.

¹⁹LAFONTAINE, F. e SLADE, M.E.. Inter-Firm Contracts: Evidence. In: Gibbons, R. e Roberts, J. *Handbook of Organizational Economics*. Princeton University Press, 2010.

²⁰WILLIAMSON, O. Transaction Cost Economics. In: Shirley, Mary and Ménard, Claude (Eds.) *The Handbook of New Institutional Economics*. Springer. pp. 41-68, 2005.

²¹FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 6.

²²FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 7.

²³Como explica Carlos Ragazzo, “Per se rules are by definition inflexible and strict, and sometimes were indiscriminately applied to outlaw business agreements not only unlikely to produce anticompetitive effects, but also ultimately efficient to the parties”(RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Sports and the rule of reason. *Revista do Ibrac*, Rio de Janeiro, v. 10, n.3, p. 237-249, 2003, p. 6). A respeito, ver também: GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. . *Op. Cit.* p. 44 e ss

²⁴É possível afirmar, em linhas gerais, que uma restrição vertical é eficiente se os altos custos de transação em um dado mercado impuserem uma instabilidade nos preços que é “corrigida” com a sua existência. Essa conclusão é de: ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. In: *Revista Direito GV*, v. 2, p. 11-35, 2006.

2.2 *Contracts That Reference Rivals*: por uma maior sistematização da análise antitruste em restrições verticais

Restrições verticais podem ser tanto estratégias que envolvem condutas capazes de aumentar custos de rivais²⁵ e/ou fechar o mercado, como podem também ser essenciais para a realização de um negócio²⁶. Essa consideração, entretanto, não oferece parâmetro algum de análise dos efeitos anticompetitivos de restrições verticais, como a cláusula de preferência. Só indica que restrições verticais devem ser examinadas de acordo com seu contexto factual, caso a caso.

Essa questão foi devidamente identificada por Fiona Scott-Morton, que cunhou o termo *Contracts That Reference Rivals*²⁷. A autora indica que, embora haja consenso entre estudiosos da economia e formuladores de políticas públicas de que qualquer característica de um acordo vertical que aumente a eficiência (da relação vertical) é quase sempre mitigada por efeitos anticompetitivos, os efeitos de acordos verticais são muito variados²⁸.

De fato, as ferramentas desenvolvidas pela literatura econômica para demonstrar que restrições verticais entre firmas podem, às vezes, ajudar a, por exemplo, criar um produto novo ou um sistema de distribuição menos custoso, são as mesmas que também revelam, por exemplo, que determinadas restrições potencialmente excluem um concorrente eficiente do mercado. Por essa razão, “policy makers have not generally made blanket policy or law concerning the legality of vertical contracting. Instead, each case or situation is evaluated on

²⁵“Practices that raise rivals’ costs are anticompetitive **only** when they do not reflect competition on the merits and artificially create or enhance power over price or output” (grifado) (JACOBSON, J. M.; WEICK, D. P. *Op. cit.* p. 1-2). Muitos autores têm notado dificuldade em definir parâmetros de análise para condutas exclusionárias. A respeito, ver: KRATTENMAKER, T.G.; SALOP, S.C. Anticompetitive exclusion: raising rivals’ costs to achieve power over price. In: *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 2, pp. 209-293, dez. 1986.

²⁶Esse é o raciocínio feito pela literatura e jurisprudência antitruste quando analisa restrições ancilares: “The assessment of ancillary restraints is limited to determining whether, in the specific context of the main non-restrictive transaction or activity, a particular restriction is necessary for the implementation of that transaction or activity and proportionate to it. If on the basis of objective factors it can be concluded that without the restriction the main non-restrictive transaction would be difficult or impossible to implement, the restriction may be regarded as objectively necessary for its implementation and proportionate to it”. (EU. *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*. Commission Notice, 2004).

²⁷Traduzindo livremente, CRR é um contrato que faz referência a rivais. Essa referência pode ser feita por meio da exclusividade, o que quer dizer, por exemplo, que “durante o período X o fornecedor só pode vender o produto Y a Z, revendedor”, ou o contrário. Quando a cláusula de exclusividade obriga o fornecedor a vender Y apenas a Z, ela, implicitamente, proíbe X de vender Y aos concorrentes de Z. Ou seja, a cláusula faz referência, mesmo que implícita, aos rivais de Z. No caso da cláusula de preferência, a referência a rivais está longe de ser feita implicitamente. Uma cláusula de preferência pode estipular, por exemplo, que “ao longo de três anos, X, produtor que necessita dos insumos Z fornecidos por Y, está obrigado a conceder a Y a oportunidade de igualar qualquer oferta melhor – em termos de preço - de Z oferecida pelos rivais de Y e, caso Y iguale a oferta, X está obrigado a contratar com Y”. A cláusula, nesse caso, faz referência expressa aos rivais de Y.

²⁸SCOTT-MORTON, F. *Contracts that reference rivals*. Working Paper do FTC. Trabalho apresentado no *Antitrust Seminar da Georgetown University Law Center*, 5 de abril de 2012, p. 1.

its own merits”²⁹, o que, diga-se de passagem, não ajuda muito o trabalho de advogados, administradores de empresas e, até, autoridades de defesa da concorrência.

É justamente por isso que a maior contribuição da literatura de *Contracts That Reference Rivals* é o apelo por uma maior sistematização da análise antitruste de restrições verticais. A bibliografia tradicional de restrições verticais é sem dúvida útil, mas não oferece parâmetros suficientemente práticos para que sejam facilmente manuseados por agentes do mercado. Estudos recentes também diagnosticaram a necessidade de maior coerência da análise antitruste de restrições verticais³⁰, a exemplo do que ocorre na Europa, que frequentemente publica e atualiza “*guidance papers*”³¹ sobre todos os temas de relevância para a comunidade empresarial em matéria de defesa da concorrência.

É importante frisar que a defesa da concorrência brasileira tem muito a ganhar com uma maior sistematização das conclusões feitas pela literatura e jurisprudência em matéria de restrições verticais. Sublinho três possíveis vantagens, que não serão desenvolvidas, por fugir ao foco deste trabalho: (i) possibilitará que agentes de mercado, ao redigirem contratos³², façam uma análise antitruste preventiva; (ii) gerará maior segurança jurídica; e (iii) poderá contribuir para a economia dos cofres públicos se acatada pelo Cade, o que permitirá às autoridades antitruste concentrar seu orçamento na investigação de condutas mais graves, como cartéis institucionalizados.

3. A cláusula de preferência: entre eficiências e efeitos anticompetitivos

Respondendo ao apelo da doutrina *CRR* por maior coerência e previsibilidade na análise de restrições verticais, cumpre agora sugerir parâmetros para uma análise sistematizada de cláusulas de preferência, fazendo uso dos casos Qualimat e Globo e Clube dos 13 de maneira meramente ilustrativa e sem a preocupação de reproduzir fielmente os fatos do caso para embasar os argumentos e raciocínios desenvolvidos. Primeiro serão descritos os potenciais efeitos anticompetitivos da cláusula de preferência, e posteriormente suas possíveis eficiências serão identificadas.

²⁹SCOTT-MORTON, F. *Ibid.*

³⁰Ver: GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. *Op. cit.* pp. 73-79.

³¹A Comissão Europeia atualizou, em 2010, seu *Guidelines on Vertical Restraints*, documento que, além de elencar os principais elementos de análise usados pela autoridade europeia, apresenta alguns “safe harbours”: modalidades de restrições verticais que jamais terão o condão de lesar a concorrência e, por isso, podem ser utilizadas por agentes de mercado sem riscos de questionamento por parte da autoridade antitruste.

³²Ou qualquer outro documento vinculativo entre as partes e relevante sob a ótica antitruste.

3.1. Possíveis efeitos anticompetitivos

Genericamente, três possíveis efeitos anticompetitivos podem ser gerados em decorrência da aplicação de uma cláusula de preferência por empresas dominantes³³ em determinado mercado: (i) enfraquecimento da rivalidade entre as empresas; (ii) aumento do custo da oferta de descontos; (iii) incentivo à colusão tácita.

3.1.1. Enfraquecimento da rivalidade entre as empresas

De acordo com recente parecer da Superintendência-Geral no Ato de Concentração n. 08700.007347/2013-20, que recomendou o conhecimento de um contrato de fornecimento de fogões de entrada entre a Mabe e a Whirlpool: “em razão da gama de possibilidades restritivas à concorrência decorrente de cláusulas específicas de cada contrato de fornecimento, celebrado entre concorrentes, sua potencial nocividade só pode ser determinada após análise do conteúdo do contrato”³⁴.

O parecer, além de orientar o conhecimento de contratos de fornecimento, também apontou um parâmetro útil para diagnosticar se alguns desses contratos gerarão preocupações concorrenciais maiores: os casos em que o contrato de fornecimento se dê entre empresas concorrentes, pois um contrato de fornecimento celebrado entre empresas rivais implica ocupação de capacidade ociosa de um rival³⁵.

O caso Qualimat ajuda a ilustrar esse ponto³⁶. Poderia ser vantajoso para a Qualimat, sob uma perspectiva comercial, firmar um contrato com cláusulas que lhe garantiria vender, senão toda, a maior parte de sua produção. De forma semelhante, a Votorantim poderia ter

³³Que uma empresa detenha dominância a montante ou a jusante – em geral presumida via elevada participação de mercado ou diferenciação vertical – é condição necessária para que os efeitos anticompetitivos de restrições verticais sejam factíveis e racionais do ponto de vista econômico. Ver: FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 9.

³⁴Vale notar que a Superintendência-Geral do Cade proferiu parecer semelhante no Ato de Concentração n. 08700.009957/2013-69, emitido em 12 de dezembro de 2013.

³⁵“Como é inevitável, qualquer contrato de fornecimento entre empresas concorrentes envolve comprometimento direto ou indireto de ativos, e quando esse fator se verifica entre empresas concorrentes, há potencialidade de efeitos anticoncorrenciais, na medida em que determinado percentual dos ativos da empresa contratada estará comprometido com a contratante e, portanto, posto à parte de suas decisões estratégicas concorrenciais”. Ver parágrafo 10 do Parecer Técnico n. 242 da Superintendência-Geral no AC n. 08700.007347/2013-20, emitido em 11 de setembro de 2013.

³⁶A Cláusula 3ª do contrato de fornecimento firmado entre a Qualimat e a Votorantim estabelecia que a Qualimat teria exclusividade no fornecimento de argamassas de rejuntamento à Votorantim quando ela adquirisse esse produto para comercialização nos Estados da Região do Sudeste do Brasil e no Estado do Paraná. A Cláusula 3ª também estipulava que, quando a comercialização das argamassas de rejuntamento visasse a outros Estados da Federação, a Votorantim estava obrigada a conceder à Qualimat o direito de preferência no fornecimento dos produtos, possibilitando que a fornecedora igualasse eventuais condições propostas por terceiros.

todo incentivo de receber um fornecimento estável, confiável e ao menor preço que lograsse obter no mercado. A cláusula de preferência, nesse cenário, poderia ser considerada eficiente (ou ao menos benéfica), por permitir uma satisfação comum dos interesses da Votorantim e da Qualimat.

Não obstante, ao mesmo tempo em que o direito de preferência poderia representar uma eficiência, poderia também gerar efeitos anticompetitivos. Afinal, a Qualimat estava obrigada a “reservar” parte de sua produção de argamassas colantes para a Votorantim, sem saber o quanto dessa produção a Votorantim iria de fato necessitar. Se a Qualimat celebrasse um contrato de fornecimento com outra empresa concorrente da Votorantim, ela teria que comprometer grande parte de sua capacidade ociosa, o que impactaria diretamente a sua habilidade de exercer rivalidade³⁷.

Essa situação se tornaria especialmente relevante sob a ótica antitruste se a Qualimat fosse tanto concorrente quanto fornecedora da Votorantim³⁸. Nesse caso, a cláusula de preferência poderia gerar efeitos anticompetitivos: ela, mesmo que tacitamente, obrigava a Qualimat a comprometer uma parte de sua produção e, conseqüentemente, sacrificar uma porção de sua capacidade ociosa, afetando sua aptidão de exercer rivalidade.

Ademais, a cláusula de preferência também poderia enfraquecer a rivalidade da empresa por ela obrigada (contra quem se exerce o direito de preferência) por desencorajar os demais agentes do mercado a proporem preços competitivos pelo produto ou serviço do fornecedor.

Para ilustrar esse ponto, é útil recorrer ao caso Globo e Clube dos 13. O direito de preferência funcionava da seguinte forma: ao final do período de vigência do contrato que concedia à Globo, sob regime de exclusividade, o direito de transmissão dos jogos do Clube dos 13, e na hipótese de que outros agentes que atuavam no mercado de transmissores desejassem ter acesso ao direito de transmissão dos jogos do Clube dos 13, organizar-se-ia um leilão do qual participariam tanto a Globo, quanto as demais transmissoras³⁹.

³⁷A capacidade ociosa é essencial para o exercício da rivalidade, pois diante de uma tentativa de elevação dos preços de um produto de determinada empresa, seus concorrentes podem utilizar suas capacidades ociosas para absorver o desvio de demanda desse produto e, assim, reequilibrar a dinâmica competitiva desse mercado.

³⁸É comum a existência de empresas que detêm relações verticais entre si e que atuam, ao mesmo tempo, em ramos que se sobrepõem horizontalmente, o que se vê com especial frequência entre empresas que possuem um portfólio com ampla gama de produtos e serviços.

³⁹A literatura sobre os efeitos pró-competitivos de leilões, em que se concorre “pelo mercado” ao invés de “no mercado”, é extensa. Particularmente: “One of the main objectives of auctions is to maximize revenues to the seller. Another key goal is to allocate the “object” to the bidder that attaches the most value to that object. Where the object of the auction is a business, as is the case with broadcasting rights, bids are correlated to the expected profit of the bidder, which is also correlated to the value the bidder brings to society when running the business. When these correlations are close to “1,” the target of raising revenues in the auction and allocating the

O direito de preferência da Globo não operava, porém, nesse primeiro leilão: a Globo tinha, pela redação da cláusula de preferência do contrato celebrado entre ela e o Clube dos 13, até 30 dias para igualar a melhor oferta feita no primeiro leilão. Salta aos olhos o desincentivo que o conhecimento do conteúdo dessa cláusula era capaz de gerar entre os demais transmissores interessados nos direitos de transmissão do Clube dos 13: se a Globo sempre teria “uma segunda chance”, então por que propor um preço “competitivo” pelos direitos de transmissão durante o primeiro leilão? Afinal, a Globo só teria incentivos para “liberar” o Clube dos 13 da sua obrigação de preferência se chegasse à conclusão de que transmitir os jogos do Campeonato brasileiro era custoso demais⁴⁰.

Uma eficiência associada à cláusula de preferência consiste no fato de ser um instrumento contratual capaz de trazer à relação entre as partes o valor que o mercado confere ao objeto do contrato. Em outras palavras, atribui-se à cláusula de preferência a capacidade de funcionar como uma espécie de “atualização” do valor do produto ou serviço fornecido. Mas, diante do acima exposto, esse argumento de “eficiência” perde fôlego. Afinal, no caso Globo e Clube dos 13, devido à redação da cláusula de preferência, os demais transmissores tinham pouco incentivo para oferecer preços competitivos, pois sabiam que, como a Globo tinha uma segunda chance, ou “uma preferência” em relação a eles, jamais (ou com muita dificuldade) conseguiriam os direitos de transmissão⁴¹.

Ou seja, em determinadas situações, a cláusula de preferência é capaz de enfraquecer a rivalidade das empresas porque, aos olhos dos rivais do beneficiário da cláusula, ela opera como cláusula de renovação privilegiada; em razão disso, não compensa rivalizar com muito empenho.

business to the bidder which attaches the greatest value to the business and offers added value to society will coincide in the auction mechanism”. (MATTOS, César. Broadcasting Football Rights in Brazil: The Case of Globo and “Club of 13” in the Antitrust Perspective. *Est. Econ., São Paulo*, vol. 42, n.2, p. 337-362, abr.-jun. 2012, p. 353).

³⁹MATTOS, César. *Op. Cit.* p. 357.

⁴⁰Ou seja, nessa situação, o transmissor que ganhasse o leilão “would be a poisoned chalice. If lower prices only succeed in attracting consumers who it is relatively expensive to supply, such guarantees will clearly have a dampening effect on competition”. (HVIID, Morten. *Op. Cit.* p. 14).

⁴¹É exatamente essa a conclusão a que chegou César Mattos, Conselheiro-Relator do caso Globo e Clube dos 13, ao ilustrar o problema do *winner's curse* que a cláusula de preferência gera: “The preference clause also creates a low incentive for competitors to make competitive bids, since they anticipate that Globo will have a chance to match their proposal, while they will be powerless to react. In short, they would be merely revealing strategic information as to the value of the respective rights. So, there is a strong tendency for all bidders, incumbent and entrants, to bid lower than they would if there were no preference clause”. (MATTOS, César. *Op. Cit.* p. 358).

3.1.2. Aumento de custos dos rivais: uma estratégia potencialmente exclusionária

A cláusula de preferência igualmente pode gerar preocupações concorrenciais por aumentar o custo da oferta de descontos por parte do fornecedor, porquanto, como vimos acima, implica comprometimento de capacidade ociosa - trata-se de “esforço a mais” feito pelo fornecedor com a perspectiva de ser compensado por conseguir assegurar a venda de todo seu estoque de produção. Esse comprometimento da capacidade ociosa tem um custo, que pode afetar a capacidade de oferta de descontos do fornecedor, o que onera o mercado a jusante. Essa situação é sobretudo verdade quando o fornecedor é dominante no mercado. Nesse contexto, o mercado a jusante será ainda mais afetado pelos efeitos negativos decorrentes da incapacidade do fornecedor de oferecer descontos devido ao custo que o comprometimento de capacidade ociosa representa.

No caso Qualimat, supondo que o mercado de argamassas de rejuntamento fosse dominado pela empresa Qualimat, a cláusula de preferência pesaria no preço que ela (Qualimat) ofereceria aos seus demais clientes efetivos e potenciais (mercado a jusante), prejudicando-os⁴². De fato, dependendo da realidade financeira das empresas que não possuem direito de preferência em relação às suas fornecedoras, e em função também do quão representativo é o custo das argamassas de rejuntamento em relação ao produto final produzido pela Votorantim e suas concorrentes, a cláusula de preferência não apenas aumentaria o custo de oferta de descontos como seria capaz de inviabilizar a atividade de empresas que não são titulares de direito de preferência em relação a alguma fornecedora⁴³.

3.1.3. Incentivo à colusão

Ademais, a cláusula de preferência pode ser, em determinadas hipóteses, um incentivo à colusão. É cediço que estratégias colusivas são especialmente sustentáveis quando as empresas que dela participam têm poucos incentivos a desviar do comportamento colusivo⁴⁴.

⁴²Esse cenário se agravaria se as demais empresas que atuassem no mercado de argamassas de rejuntamento também tivessem cláusulas de preferência em seus contratos de fornecimento com as concorrentes da Votorantim. Nesse caso, as empresas no mercado a jusante que não tivessem direito de preferência em relação a alguma das produtoras de argamassas de rejuntamento terminariam por pagar, para obter fornecimento de tal produto, muito mais do que os seus concorrentes.

⁴³ Vale mencionar que condutas que aumentam os custos de rivais são infrações à ordem econômica se criam dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente ou fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, de acordo com o art. 36, § 3º, IV da Lei 12.529/11.

⁴⁴De acordo com as “Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”: “para que um comportamento colusivo seja sustentável, devem existir probabilidades de retaliação suficientemente credíveis e rápidas. Os comportamentos colusivos não são

No entanto, a cláusula de preferência, para que seja dotada de um mínimo de efetividade, pressupõe a existência de mecanismos contratuais e extra-contratuais que sancionem qualquer desvio por parte da empresa obrigada pela preferência.

No caso Qualimat, a condição essencial da efetividade da cláusula de preferência era que a Votorantim, sempre que necessitasse de um fornecimento de argamassas de rejuntamento, entrasse antes em contato com a Qualimat e somente contratasse com um terceiro se a Qualimat não igualasse o preço oferecido por algum de seus concorrentes. Se a Votorantim contratasse com um terceiro sem antes conceder preferência à Qualimat, estaria descumprindo uma cláusula contratual e estaria sujeita às consequências correspondentes, que em geral se resumem a multa e execução específica.

Há mercados em que a demanda por fornecimento dos produtos é estável, e nos quais é possível supor, em razão disso, que diversas empresas incluem cláusulas de preferência ou exclusividade em seus contratos com empresas do mercado *downstream*. Nesse contexto, o risco de colusão é evidente: a cláusula de preferência aí se resume a um mecanismo de monitoramento e retaliação, por parte da maioria dos concorrentes do mercado, de possíveis desvios do que tiver sido acordado pelo cartel.

3.2. Possíveis eficiências

A cláusula de preferência é, não obstante, capaz de gerar, dadas determinadas condições, ao menos quatro tipos de eficiências. São elas: (i) redução de custos de transação⁴⁵; (ii) redução de atrasos na concretização de transações; (iii) mitigação de situações de *hold-up* contratual⁴⁶; (iv) economias de escala e escopo.

sustentáveis em mercados em que as consequências do desvio não são suficientemente graves para convencer as empresas que participam na coordenação que têm todo o interesse em aderir às condições da coordenação”. (grifado)

⁴⁵A literatura de custos de transação foi capitaneada por Coase e teve seu principal desenvolvimento posterior com Williamson: “a idéia de Coase é intuitiva. Argumenta o autor que haverá custos na negociação, monitoramento e coordenação entre as partes. Dessa forma, como as transações tornam-se custosas, os mercados falham em atingir um equilíbrio eficiente e novos arranjos devem ser encontrados. Logo, ao lançar mão do mercado os agentes econômicos incorrerão em custos para transacionar e coletar as informações necessárias para por a termo os negócios. A partir daí, o elemento fundamental da economia passa a ser a transação, tornando-se uma unidade de abordagem micro-analítica e a firma uma estrutura de gestão onde a sua estrutura interna, os incentivos, bem como os controles envolvidos passam a ter uma dimensão mais importante do que suas funções de produção. Williamson foi mais além e considerou a possibilidade de mensurar esses custos de transação, pontuando que o contrato é um fundamental instrumento que os agentes econômicos devem usar para se adaptarem a eventos não antecipáveis”. (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: Contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 7, 2009. p. 86).

⁴⁶Uma situação de *hold-up* contratual dá-se quando os investimentos específicos de uma empresa A são dependentes do fornecimento de algum produto de outra, B. Nesse caso, A, após realizar o investimento, está vulnerável em relação a B, o que levanta uma série de problemas que serão detalhados no item 3.2.3 abaixo.

3.2.1. Redução de custos de transação

A cláusula de preferência pode contribuir para a redução de custos de transação. Isso porque a preferência assegura ao vendedor que ele receberá um preço tão bom quanto o de outros compradores sem a necessidade de levar adiante as negociações. Em outras palavras, a cláusula de preferência é capaz de, em certo grau, reduzir incertezas inerentes a relações comerciais – mesmo que de longo prazo.

No caso Qualimat, é possível dizer que a cláusula de preferência auxiliou o ritmo da negociação contratual que deu lugar ao contrato de fornecimento entre a Votorantim e a Qualimat. Estipulava esse contrato que a Qualimat se comprometia a fornecer argamassas colantes e argamassas de rejuntamento à Votorantim pelo prazo de três anos, “**nos preços acordados**”⁴⁷. Ainda, de acordo com as cláusulas 3ª e 4ª do referido contrato, enquanto a Qualimat teria exclusividade no fornecimento de argamassas de rejuntamento à Votorantim quando esta adquirisse esse produto para comercialização nos Estados da Região Sudeste e no Estado do Paraná, a Votorantim teria direito de preferência no fornecimento dos produtos nos demais Estados da Federação. Esse direito possibilitaria à Qualimat igualar eventuais condições propostas por terceiros. Nesse aspecto, a cláusula de preferência poderia ser vista como uma garantia de que a Votorantim receberia o melhor preço da Qualimat sem incorrer em altos custos de negociação. Sem a cláusula de preferência, os custos de negociação estariam presentes.

Como se mencionou, o contrato previa que a Qualimat teria preferência no fornecimento de argamassas de rejuntamento em todos os Estados da Federação em que não incidisse a cláusula de exclusividade. A existência de uma cláusula de exclusividade em relação a alguns territórios (Região Sudeste e Paraná) poderia ser enxergada, entretanto, como sintoma do interesse realçado de a Votorantim receber fornecimento de argamassas de rejuntamento nessas regiões. Isso talvez porque na Região Sudeste e no Paraná haja mais demanda por argamassas de rejuntamento, razão pela qual a Votorantim desejaria contratar uma exclusividade de fornecimento que ao menos lhe garantisse uma estabilidade de preços e assegurasse acesso a um insumo.

No entanto, essa exclusividade era, de fato, onerosa para a Qualimat, embora pudesse ser lucrativa a longo prazo. Era onerosa porque a Qualimat, por meio da exclusividade da

⁴⁷Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009, p. 2.

Cláusula 3ª do contrato de fornecimento que firmou com a Votorantim, “assume a capacidade de fornecer à [Votorantim], nos preços acordados”. Assumir essa capacidade de fornecimento não é uma tarefa fácil, e em grande parte depende da capacidade ociosa da fornecedora – Qualimat. Pela exclusividade, a Qualimat não estava livre para fornecer a outros clientes sem antes assegurar que teria capacidade de fornecer à Votorantim. Porém, por meio da preferência nos demais Estados da Federação, a exclusividade poderia valer a pena: a união das duas cláusulas seria capaz de, em última análise, fazer com que a Votorantim se apropriasse de toda a oferta de argamassas da Qualimat.

Em um mercado desconcentrado e em que os maiores *players* contam com alta capacidade ociosa e, portanto, de “absorver a totalidade da demanda de argamassas colantes e de rejuntamento caso haja abuso de poder de mercado por parte das Requerentes”⁴⁸, o potencial resultado da união entre a cláusula de preferência e a de exclusividade no contrato de fornecimento entre a Votorantim e a Qualimat seria nada menos que eficiente⁴⁹. Não é por outro motivo, de fato, que a operação foi aprovada sem restrições pelo Cade, por unanimidade. Diga-se que a cláusula de preferência, no caso Qualimat, tornou a exclusividade no fornecimento de argamassas de rejuntamento um negócio eficiente. Em outras condições, tal exclusividade seria onerosa para a Qualimat e, por essa razão, poderia vir a encarecer os custos de sua negociação.

3.2.2. Redução de atrasos na concretização de transações

Ainda quanto ao tema de custos de transação, a cláusula de preferência pode ajudar a reduzir atrasos na concretização de transações. Aqui não se trata de redução de custos de negociação do contrato, tema do item (3.1.), e sim de etapa anterior, referente ao impacto que

⁴⁸Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009, p. 14

⁴⁹Este ponto merece considerações acerca da racionalidade econômica de contratos de fornecimento. Por se prolongar no tempo, o contrato de fornecimento é incompleto. De acordo com a Teoria da Incompletude Contratual, que leva em consideração relações comerciais a longo prazo, contratos representam uma solução intermediária entre o mercado que, embora inicialmente menos custoso, demonstra ser incapaz de cobrir e dissipar os riscos e as estratégias de integração. Estas, embora mais adequadas para alocação, revelam-se com significativamente elevados custos de instalação. Diante disso, fica claro que, em contratos a longo prazo, haverá sempre um trade-off natural entre mercado (com todos os incentivos a ele inerentes) e estratégias extra-contratuais de resolução de conflitos decorrentes de interesses contrapostos entre as partes contratantes em relação à execução do contrato. Essa contraposição de interesses se traduz em custos de transação, ou, mais especificamente, altos custos de negociação das cláusulas contratuais. O contrato incompleto será, assim, a chave para a resolução dessas questões. Perguntar qual a viabilidade econômica de escolher determinadas cláusulas contratuais passa a ser questão de enorme relevância. Cláusulas contratuais que reduzam os altos custos de transação inerentes à negociação e execução de contratos de fornecimento são cláusulas capazes de completar, ao longo do tempo, tal contrato. (NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Op. Cit.*, p. 84 e ss).

dificuldades inerentes à execução de um contrato, cuja vigência se espalha ao longo de muito tempo (e.g.: anos)⁵⁰, têm sobre a disposição das partes em sentar-se à mesa e negociá-lo.

Essas dificuldades podem ser de diversas formas, mas importa aqui uma delas: em algumas situações, compradores, especialmente em relações de fornecimento, demoram a concretizar a transação (e muitas vezes sequer a concluem) na expectativa de, pelo desenrolar do tempo, obter um preço menor. Isso é particularmente o caso em se tratando de produtos perecíveis ou sazonais, em que o comprador espera que o vendedor pratique preços menores, e este, por sua vez, tem todo incentivo para se livrar do seu estoque.

Voltando ao caso Qualimat, o direito de preferência no fornecimento de argamassas de rejuntamento à Votorantim viabilizava seu fornecimento saudável, sustentável e contínuo. Inserida a cláusula de preferência, a Votorantim tinha a garantia, de antemão, de que sempre que precisasse de argamassas de rejuntamento em outros Estados da Federação, o preço da Qualimat seria o melhor. Afinal, não sendo, a Qualimat estaria obrigada a fazer com que fosse. Caso contrário, a Votorantim não estaria obrigada a comprar as argamassas da Qualimat. Diante disso, a Votorantim poderia não ter incentivos para buscar outros fornecedores, ou, ainda, para esperar o tempo passar com a expectativa de que a Qualimat oferecesse um preço mais baixo por seu estoque.

Dessa forma, a cláusula de preferência poderia reduzir atrasos na concretização do fornecimento das argamassas de rejuntamento em outros Estados da Federação. Vale ressaltar que, neles, a Votorantim aparentemente não tinha tanto interesse no fornecimento. Porém, é possível dizer que a Qualimat, na condição de empresa capaz de fornecer nos demais Estados e que corria o risco de não conseguir vender toda sua produção, certamente o tinha.

3.2.3. Mitigação de situações de *hold-up* contratual

Diga-se também que a cláusula de preferência pode mitigar situações de *hold-up* contratual, situação que surge geralmente quando uma empresa faz significativos investimentos específicos⁵¹. Esse investimento específico pode ser justificável pelo tipo de

⁵⁰Análise semelhante foi feita por Baker e Chevalier, mas referente a cláusulas Most-Favored-Nation (MFN). No entanto, dadas as similaridades entre a cláusula de preferência e a MFN, já que ambas são da categoria CRR, aproveitou-se o raciocínio dos autores, adequando-o à realidade do direito de preferência. Ver: BAKER, J.; CHEVALIER, Judith. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. Antitrust Magazine, Vol. 27, No. 2, 2013, pp. 20-21.

⁵¹O exemplo clássico de situação de *hold-up* – e como ela pode ser solucionada – é o caso *Fisher Body and General Motors*, detalhadamente analisado por Klein, que expõe da seguinte forma as opções disponíveis para resolver problemas de *hold-up*: “Given the presence of specific investments in an exchange relationship, transactors will have to decide whether to use a long-term contract or vertical integration to solve the hold-up

atividade da empresa - uma atividade predominantemente “inovadora” ou que, por sua estrutura de execução, represente altos custos afundados.

Uma situação de *hold-up* contratual dá-se quando os investimentos específicos de uma empresa A são dependentes do fornecimento de algum produto de outra, B. Nesse caso, A, após realizar o investimento, está vulnerável em relação a B. B pode facilmente prejudicar A ao fornecer o mesmo produto que serve de insumo para A a outro *player* do mercado⁵². Aqui o investimento a jusante é específico, mas o fornecimento, não. Por isso, viabiliza-se o oportunismo de B em relação a A⁵³. A cláusula de preferência, nesse contexto, constitui uma garantia muito importante: ela é essencial para a realização do investimento específico de A, pois, sem tal garantia, e diante da perspectiva do oportunismo potencial de B, A tem todo incentivo para simplesmente não realizar o investimento específico. Verifica-se que uma garantia de preço⁵⁴, tal como a cláusula de preferência, facilita a realização de investimentos específicos.

problem. Vertical integration entails the widely recognized possibility of increased costs associated with somewhat reduced incentives and increased bureaucracy. I have discussed here the other side of the equation—the transaction costs associated with long-term contracts. The important element of these transaction costs are not the “ink costs” of writing contract terms emphasized by Coase, **but the significant rent-dissipating costs borne during the negotiation and renegotiation contracting process as transactors attempt to create, avoid, and execute the holdups implied by necessarily imperfect long-term contractual arrangements**” (grifado). (KLEIN, Benjamin. *Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited*. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 4, No. 1 (Spring, 1988), pp. 199-213).

⁵²A respeito, ver: MARX, Leslie M.; SHAFFER, Greg. Opportunism in multilateral contracting: nondiscrimination, exclusivity, and uniformity: comment. *American Economic Review*, n. 94, v. 796, 2004.

⁵³O conceito de oportunismo na literatura econômica é associado a investimentos específicos, que geram quase-renda. O titular da quase-renda é quem desembolsa capital para viabilizar o investimento específico. Klein, Crawford e Alchian definem desta forma quase-renda: “The quasi-rent value of the asset is the excess of its value over its salvage value, that is, its value in its next best use to another renter. The potentially appropriable specialized portion of the quasi rent is that portion, if any, in excess of its value to the second highest-valuing user”. Ainda segundo os autores, “After a specific investment is made and such quasi rents are created, the possibility of opportunistic behavior is very real”. (KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*. Journal of Law and Economics, Vol. 21, No. 2, Out., 1978, p. 298). Cássio Cavalli retrata sofisticadamente o dilema decorrente da especificidade de ativos: “quanto maior a especificidade dos ativos e maior a incerteza, maior será o incentivo para incorrer em maiores custos para redigir o contrato de forma mais detalhada possível e de prolongar o seu prazo de duração. Ao mesmo tempo, a incerteza e a especificidade de ativos constituem um desincentivo para recorrer-se a relações contratuais de longo prazo. É que a frequência de transações com ativos específicos acentua a tendência à formação de um monopólio bilateral. Por conseguinte, ante a necessidade de renegociação de contratos incompletos, há maior risco de o outro contratante, oportunisticamente, buscar apropriar-se da *quase-renda*”. (CAVALLI, Cássio M. *Empresa, direito e economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 177-178).

⁵⁴Para entender uma garantia de preço é útil a distinção entre uma “compra contratual” e uma “compra não-contratual”. Simplificadamente, uma garantia de preço em uma compra contratual se expressaria da seguinte forma: “se durante algum período de tempo um serviço similar é oferecido a um preço mais baixo, nós iremos ou igualar esse preço ou desobrigá-lo de contratar conosco sem penalidade alguma”. Uma garantia de preço não contratual, por sua vez, poderia ter o seguinte teor: “Igualaremos qualquer oferta de preço feita por nossos rivais. Se uma oferta melhor lhe for oferecida, providencie evidências suficientes disso e igualaremos essa oferta ou, se você já tiver comprado de nós, lhe compensaremos a diferença”. A distinção entre a “compra contratual” e a “compra não contratual” (*contract purchase e non-contract purchase*) é de Morten Hviid. Ver: HVIID, Morten. *Summary of the literature on price guarantees*. ESRC Centre for Competition and UEA Law School, July, 2010.

Tomando como exemplo o caso Globo e Clube dos 13, a cláusula de preferência, por si só, era uma garantia de que o investimento da Globo não se perderia após o término de vigência da exclusividade, que era de três anos. A Globo podia realizar diversos investimentos específicos contando com os direitos de transmissão do Clube dos 13. Podia realocar seus *slots* de horários para albergar jogos importantes, investir em *marketing* direcionado ao Campeonato Brasileiro ou oferecer, a preços menores, pacotes direcionados aos fãs do Flamengo ou do Botafogo⁵⁵. Todos esses investimentos beneficiam o consumidor final, ou seja, o telespectador do esporte. No entanto, diante da perspectiva de, ao final do contrato, não o poder mais renovar porque outro transmissor se aproveitou de todo o movimento de *fanbase* criado por seus investimentos e propôs um preço menor, a Globo poderia tão-só optar por não realizar o investimento inicial.

Para o Clube dos 13, não importavam os investimentos específicos da Globo, e sim apenas o preço presente em que estavam cotados os direitos de transmissão. Irrelevante se quem os detinha era a Globo ou a Band. Diante disso, o Clube dos 13 poderia, na ausência do direito de preferência da Globo, agir “oportunisticamente”, escolhendo a transmissora que lhe oferecesse o melhor preço. A cláusula de preferência, portanto, enquanto garantia de preço, poderia estar apta a encorajar investimentos específicos da Globo.

3.2.4. Economias de escala e escopo

Em determinadas situações, a cláusula de preferência pode ser capaz de gerar economias de escala e escopo. Por meio do uso da cláusula de preferência, fornecedores conseguem aumentar a produção e, ainda, recuperar seus custos fixos, uma vez que, através do direito de preferência, um fornecedor eficiente consegue planejar sua produção de forma a contemplar um aumento de demanda relativamente certo e previsível. De fato, como já mencionado em passagens anteriores, a cláusula de preferência assegura uma demanda que, em sua ausência, não existiria (ou sua existência estaria sujeita a incerteza). Sendo assim, ao

Disponível em: http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.170059!Summary%20of%20LPG%20literature%20Final.pdf. Acesso em: 14/08/2013. Embora presentes em diversos tipos de relações comerciais, as garantias de preço são mais comumente encontradas em contratos de fornecimento. Isso porque, por serem, por definição, contratos de longo prazo, ambas as partes contratantes têm incentivos maiores a garantirem preços a estabilidade do preço do produto/serviço fornecido. Se, por um lado, o incentivo do comprador é manter a estabilidade de preços baixos, o vendedor procurará sempre duas coisas: (1) manter a estabilidade de um preço que maximize seu lucro; (2) garantir a clientela, negociando para isso diversas cláusulas contratuais que sejam capazes de assegurar uma estabilidade de demanda a longo prazo.

⁵⁵Esta afirmação é meramente ilustrativa, e não condiz com a realidade do caso Globo e Clube dos 13, que se referiu apenas ao mercado de TV aberta.

possibilitar que fornecedores consigam aumentar sua produção e, dessa forma, diluir ainda mais seus custos fixos em volumes de fornecimento cada vez maiores⁵⁶, a preferência facilita a obtenção de economias de escala.

Em alguns casos, o direito de preferência também viabiliza economias de escopo, como, por exemplo, quando o contrato que prevê o direito de preferência tem por objeto o fornecimento de mais de um produto ou serviço, tal qual no caso Qualimat. Embora o contrato estipulasse as condições de fornecimento de argamassas de rejuntamento e colantes, a cláusula de preferência recaía apenas sobre o fornecimento de argamassas de rejuntamento. Quanto às argamassas colantes, tratava-se “de um acordo de fornecimento comum”⁵⁷.

Entretanto, se a negociação contratual entre a Qualimat e a Votorantim tivesse desembocado na redação de uma cláusula de preferência que incidisse tanto sobre o fornecimento de argamassas de rejuntamento, quanto colantes, as partes contratantes poderiam ter gozado dos benefícios de economias de escopo, pois a compradora teria como receber sua necessidade de diferentes produtos de um único fornecedor, e a menor custo⁵⁸. A Qualimat, ao fornecer em maior escala dois produtos diferentes, mas substituíveis pelo lado da oferta, também obteria, ao longo do tempo, significativas economias de escala.

4. Conclusão

No decorrer deste texto, chamou-se atenção aos possíveis ganhos decorrentes de uma maior sistematização da análise antitruste em matéria de restrições verticais. São eles: (i) a possibilidade de que agentes de mercado façam uma análise antitruste preventiva no momento de redação do contrato (ou qualquer outro documento vinculativo entre as partes e relevante sob a ótica antitruste); (ii) maior segurança jurídica; e (iii) a economia para os cofres públicos, permitindo que as autoridades antitruste concentrem seu orçamento na investigação de condutas mais graves.

⁵⁶A esse respeito, ver: RIDYARD, Derek. Exclusionary pricing and price discrimination abuses under article 82 – An economic analysis. *European Competition Law Review*, n. 6, 2002.

⁵⁷Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009, p. 2.

⁵⁸Esse é o raciocínio aplicado a “descontos para múltiplos produtos”, que, no entanto, em maior ou menor medida, é aplicável a um fornecimento condicionado à preferência, já que, para que ela seja acionada, é preciso que haja outro fornecedor ofertando produtos a preços menores, e que o fornecedor obrigado pela preferência tenha a capacidade de igualar esse preço, isto é, reduzir seu preço original. Sobre economias de escopo em decorrência de descontos para pacotes, ver: EUA/OCDE, *Mesa redonda sobre descontos para pacotes e descontos condicionados*; DAF/COMP/WP3/WD, 47, 2008, n. 8.

Nesse embalo, buscou-se sugerir e descrever - tomando como fio condutor a cláusula de preferência adotada por empresas dominantes - parâmetros para uma análise sistematizada, que podem ser úteis para todos os interessados em avaliar o impacto competitivo de uma determinada cláusula contratual, no contexto de uma relação vertical. Foram propostos parâmetros de análise que levem em consideração os seguintes efeitos anticompetitivos: (i) enfraquecimento da rivalidade entre as empresas; (ii) aumento do custo da oferta de descontos; (iii) incentivo à colusão tácita. Já em termos de eficiências, foram sugeridos parâmetros com base na: (i) redução de custos de transação; (ii) redução de atrasos na concretização de transações; (iii) mitigação de situações de hold-up contratual; (iv) viabilização de economias de escala e escopo.

É claro que, diante das peculiaridades de cada caso, apenas alguns dos efeitos pró e anticompetitivos relacionados acima como parâmetros de uma análise sistematizada de cláusulas de preferências sejam aplicáveis. Não obstante, o conjunto de parâmetros de análise abordados no texto endereça as principais questões concorrenciais associadas à cláusula de preferência. Inclusive, ousa-se dizer, constitui – em maior ou menor medida - guia consistente para a análise concorrencial de restrições verticais da categoria de Contracts That Reference Rivals como um todo, embora os parâmetros de análise tenham sido estudados, ao longo deste texto, à luz de cláusulas de preferência.

5. Referências Bibliográficas:

BAKER, J.; CHEVALIER, Judith. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. Antitrust Magazine, Vol. 27, No. 2, 2013, pp. 20-26.

BRASIL. *Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Ragazzo no Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36*. Brasília. 2008. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda.

BRASIL. *Parecer Técnico n. 242 da Superintendência-Geral referente ao Ato de Concentração n. 08700.007347/2013-20*. Brasília. 2013. Requerentes: Whirlpool S.A. e Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda.

BRASIL. *Parecer Técnico n. 368 da Superintendência Geral referente ao Ato de Concentração n. 08700.009957/2013-69*. Brasília. 2013. Requerentes: Raízen Energia S.A. e Novozymes A/S.

BRASIL. *Voto do Conselheiro César Costa Alves de Mattos no Processo Administrativo n. 08012.006504/1997-11*. Brasil. 2010. Representadas: TV Globo Ltda., Globo Comunicações, Associação Brasileira dos Clubes de Futebol Brasileiro (Clube dos Treze) e outros.

CAVALLI, Cássio M. *Empresa, direito e economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 304.

CONJUR. Sociedade dá pouca importância às restrições verticais. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-27/sociedade-importancia-restricoes-verticais-membro-cade>. Acesso em: 20/07/2013.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*. Jornal Oficial da União Europeia, 2008

EUROPEAN COMMISSION. *Glossary of terms used in EU competition policy: Antitrust and control of concentrations*. Directorate-General for Competition Brussels, Julho, 2002.

EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*. Commission Notice, 2004.

EUA/OCDE, *Mesa redonda sobre descontos para pacotes e descontos condicionados*; DAF/COMP/WP3/WD, 47, 2008, n. 8.

FAGUNDES, J. Restrições Verticais: Efeitos Anticompetitivos e Eficiências. *Revista do Ibrac*, vol. 12, número 6, 2005.

FURQUIM, Paulo. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira*. São Paulo, EESP/FGV, Textos para discussão n. 264, julho de 2010.

GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. . *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HVIID, Morten. *Summary of the literature on price guarantees*. ESRC Centre for Competition and UEA Law School, July, 2010. Disponível em: http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.170059!Summary%20of%20LPG%20literature%20Final.pdf. Acesso em: 14/08/2013.

JACOBSON, J. M.; WEICK, D. P. Contracts that reference rivals as an antitrust category. *Antitrust Source*, April 2012.

KLEIN, Benjamin. *Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited*. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 4, No. 1, Spring, 1988, pp. 199-213.

KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*. Journal of Law and Economics, Vol. 21, No. 2, Out., 1978, pp. 297-326.

- KRATTENMAKER, T.G.; SALOP, S.C. Anticompetitive exclusion: raising rivals' costs to achieve power over price. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 2, pp. 209-293, dez., 1986.
- LAFONTAINE, F. e SLADE, M.E.. Inter-Firm Contracts: Evidence. In: Gibbons, R. e Roberts, J. *Handbook of Organizational Economics*. Princeton University Press, 2010.
- MARX, Leslie M.; SHAFFER, Greg. Opportunism in multilateral contracting: nondiscrimination, exclusivity, and uniformity: comment. *American Economic Review*, n. 94, v. 796, 2004.
- MATTOS, César. Broadcasting Football Rights in Brazil: The Case of Globo and “Club of 13” in the Antitrust Perspective. *Est. Econ., São Paulo*, vol. 42, n.2, p. 337-362, abr.-jun. 2012.
- NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. Contratos incompletos e infraestrutura: Contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 7, 2009.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Sports and the rule of reason. *Revista do Ibrac*, Rio de Janeiro, v. 10, n.3, p. 237-249, 2003.
- ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 11-35, 2006.
- SCHERER, F.M. e ROSS, D.. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. USA: Houghton Mifflin Company, 1990.
- SCOTT-MORTON, F. Contracts that reference rivals. Working Paper do FTC apresentado no *Antitrust Seminar da Georgetown University Law Center*, 5 de abril de 2012.
- WILLIAMSON, O. Transaction Cost Economics. In: Shirley, Mary and Ménard, Claude (Eds.) *The Handbook of New Institutional Economics*. Springer. pp. 41-68, 2005.