

Legislação

Proposta de Resolução sobre Instrução de Processos Administrativos

Sugestão encaminhada ao CADE, sob autoria de:

Mário Luiz Possas³

Maria Tereza Leopardi Mello⁴

João Luiz Simas Pereira de Souza Pondé⁵

Jorge Luís Sarabana da Silva Fagundes⁶

*Disciplina, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94,
os procedimentos de instrução complementar
de Processo Administrativo,
previstos no art. 43 da mesma Lei.*

O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o disposto nos artigos 7º, XIX e 51 da Lei 8.884/94, bem como no art. 26, III de seu Regimento Interno - Resolução nº 12/98,

RESOLVE:

³ Mário Luis Possas é Professor Titular., ministrando cursos de graduação e pós-graduação (*stricto e lato sensu*) em Economia no Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁴ Maria Tereza Leopardi Mello é Professora Adjunta, ministrando cursos de graduação em Direito para Economia e cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito da Concorrência e da Regulação no Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁵ João Luiz Simas Pereira de Souza Pondé é Professor Assistente, ministrando cursos de graduação em Economia e cursos de pós-graduação *lato sensu* em Economia da Concorrência e da Regulação no Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁶ Jorge Luís Sarabana da Silva Fagundes é Professor, ministrando cursos de graduação em Economia na Universidade Cândido Mendes - Ipanema e cursos de pós-graduação *lato sensu* em Economia da Concorrência e da Regulação no Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Capítulo I

Da Análise dos Processos Administrativos

Art. 1º - Recebidos da SDE ou da Anatel os autos de Processo Administrativo para julgamento (ou o Recurso de ofício de seu arquivamento), nos termos do art. 39 da Lei 8.884/94, proceder-se-á à sua distribuição na primeira Sessão de Distribuição realizada pelo CADE, conforme seu Regimento Interno.

Art. 2º - Recebido o processo pelo Conselheiro-Relator, este verificará se a instrução contém os elementos necessários à formação de sua convicção, conforme roteiro estabelecido nos Anexos desta Resolução.

Parágrafo único - Caso o Conselheiro-Relator avalie estar faltando algum elemento necessário à análise do Processo, poderá solicitar à SDE ou Anatel que complemente a instrução, indicando as medidas ou informações necessárias a essa complementação.

Art. 3º - Estando os autos devidamente instruídos, o Conselheiro-Relator abrirá vistas dos autos à Procuradoria, nos termos do art. 14 do Regimento Interno

Art. 4º - O Conselheiro-Relator, em até ... dias da data da distribuição do processo, ou de seu retorno da SDE ou Anatel - cf. art. 2º, § único -, decidirá se o caso em exame necessitará, para a formação de sua convicção, de instrução complementar, nos termos previstos no art. 43 da Lei 8.884/94, sem prejuízo do exercício, a qualquer tempo, de sua competência prevista no art. 9º, III da mesma Lei.

§ 1º - O representado será notificado dessa decisão e, se for o caso, será solicitado a prestar informações adicionais.

§ 2º - O relator poderá determinar a realização de audiência de instrução, nos termos do art. 12 do Regimento Interno.

§ 3º - O relator poderá ainda requerer informações do representante, se for o caso.

Art. 5º - Dando por concluída a instrução do processo, o Relator deverá incluí-lo em pauta para julgamento

Capítulo II

Do Compromisso de Cessaçã

Art. 6º - Recebido o processo pelo Relator, este examinará a possibilidade e a conveniência de propor a celebração de Compromisso de Cessaçã de prática, nos termos do art. 53 da Lei 8.884/94, consultando, para isso, a representada e estabelecendo os termos de aceitaçã do referido compromisso.

§ 1º - A admissibilidade ou a possibilidade da celebraçã do compromisso de cessaçã de prática condiciona-se à verificaçã dos seguintes requisitos:

I - não estar a representada respondendo a outro processo por prática anticompetitiva, nem estar cumprindo as condições de outro compromisso de cessaçã anteriormente firmado;

II - que a representada não tenha sido condenada por infraçã à ordem econômica nos últimos cinco anos.

§ 2º - (negociações necessárias - a cargo do Relator).

Art. 7º - Depois de negociados os termos do compromisso, o CADE dará ampla publicidade de seu inteiro teor, designando prazo para manifestaçã dos interessados.

Art. 8º - A versã final do compromisso de cessaçã será aprovada pelo Plenário do CADE e enviada à representada, que deverá assiná-lo em ... dias.

Capítulo III

Da Análise dos Recursos de Ofício

Art. 9º - Nos recursos de ofício da decisã do Secretário da SDE ou Conselho Diretor da Anatel de arquivamento de Processo Administrativo, com parecer da Procuradoria pelo desprovimento, o Relator poderá determinar o arquivamento do feito por meio de despacho, *ad referendum* do Plenário.

§ 1º - O despacho referido no *caput* deste artigo será levado a Plenário na primeira sessã seguinte à data de sua assinatura.

§ 2º - (prever a possibilidade de pedido de vista do processo, etc.)

Capítulo IV

Do Sigilo

Art. 10 - Em qualquer dos procedimentos previstos nesta Resolução, será assegurado o sigilo de documentos ou informações, na forma prevista no Regimento Interno do CADE.

Capítulo V

Das Disposições Finais

(em aberto)

ANEXO I

PRÁTICAS RESTRITIVAS: DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÃO

A. PRÁTICAS RESTRITIVAS HORIZONTAIS

As práticas restritivas *horizontais* consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios, em ambos os casos visando, de imediato ou não, em conjunto ou individualmente, ao aumento de poder de mercado ou à geração de condições de exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência de *poder de mercado* sobre o mercado relevante, isto é, *posição dominante*, individual ou conjuntamente, por parte de quem as realiza. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (“eficiências econômicas”), recomendando a aplicação do “princípio da razoabilidade” ao ponderar tais efeitos *vis-à-vis* os efeitos anticompetitivos potenciais da conduta. Tais eficiências podem consistir em melhorias nas condições de produção, comercialização ou distribuição de produtos e serviços, resultantes demonstradamente das práticas em questão, que não possam ser obtidas por outro meio e cujos efeitos sejam duradouros. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências *líquidas* caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.

As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são:

1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de preços, quotas de produção e distribuição, divisão territorial, etc., na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais que favorecem a formação de cartéis são: alto grau de concentração, existência de barreiras à entrada, homogeneidade de produtos e de custos e condições estáveis de custos e de demanda.

2. Outros acordos entre empresas: restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca de maior eficiência, especialmente produ-
ti-

va ou tecnológica. Estes exigem avaliação mais complexa, tanto por terem efeitos anticompetitivos possivelmente menores que os cartéis, quanto por suas possíveis eficiências econômicas, requerendo uma aplicação mais ponderada do princípio da razoabilidade.

3. Associações de profissionais: prática de preços concertados por tabelamento, limitando a concorrência em preços entre os profissionais. Embora em princípio anticompetitiva, tal prática também pode, em certas condições, ocasionar benefícios quanto à qualidade dos serviços, merecendo análise ponderada desses efeitos pelo princípio da razoabilidade.

4. Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo dos custos variáveis médios de forma a eliminar concorrentes para concentrar o mercado e, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista. Requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais, além de análise de consistência estratégica, demonstrando a possibilidade estrutural de ganhos monopolistas posteriores suficientemente elevados.

B. PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS

As práticas restritivas *verticais* são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” - na cadeia produtiva (mercado “alvo”). Tais práticas são 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. Como no caso das restrições horizontais, pressupõem a existência de *poder de mercado* sobre o mercado relevante “de origem”, isto é, *posição dominante* por parte de quem as pratica, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. 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. Tais benefícios estão quase sempre relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bons serviços.

As condutas mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são:

1. Fixação de preços de revenda: o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. Diferentemente da simples *sugestão* de preços de revenda, existe nesse caso ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de preços. Na maioria dos casos, é a fixação de preços mínimos (ou rígidos com a função de mínimos) que oferece riscos anticompetitivos efetivos, geralmente relacionados: (i) à maior facilidade de coordenar ações voltadas à formação de cartel ou outros comportamentos colusivos em preços entre os produtores (mercado “de origem”), quando facilita o monitoramento de preços de venda aos consumidores ou serve ao propósito de preservar acordos tácitos entre produtores ao bloquear a entrada de novos distribuidores inovadores e/ou mais agressivos, inibindo o desenvolvimento de novos sistemas de distribuição mais eficientes; e (ii) ao aumento unilateral de poder de mercado do produtor, na medida em que permita o mesmo efeito anterior de inibir a entrada de novos distribuidores mais competitivos. No caso específico de serviços pós-venda, esse tipo de restrição permite ainda, em princípio, a exploração monopolista dos usuários após a compra dos produtos, quando as alternativas oferecidas a estes se reduzem drasticamente. Como nas demais restrições verticais, a possibilidade de benefícios decorrentes da redução de custos de transação deve ser considerada e levada em conta na avaliação dos efeitos líquidos sobre o mercado. Quanto à fixação de preços máximos de revenda, só oferece riscos anticoncorrenciais em condições nas quais os distribuidores/revendedores do mercado “alvo” tenham poder de mercado e agreguem valor substancial ao produto/serviço.

ço, e em que haja intenção e possibilidade do produtor de eliminá-los do mercado.

2. Restrições territoriais e de base de clientes: o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões, o que facilita: (i) comportamentos colusivos e tendentes à formação de cartéis entre os produtores/distribuidores, na medida em que sejam utilizados como instrumento de monopolização dos mercados locais pelos distribuidores ou que aumentem os custos das empresas rivais, estimulando-as a reduzir quantidades e aumentar seus preços, e dessa forma, a participar da colusão; e (ii) a elevação unilateral do poder de mercado de um produtor. Tais restrições elevam os custos de entrada em mercados geográficos contratualmente delimitados na medida em que a extensão do mercado não coberto pelo contrato não seja economicamente atrativa a novos distribuidores/revendedores; ou ainda, restringem o acesso de competidores efetivos aos consumidores potenciais, na medida em que dificultam que distribuidores ou revendedores rivais vendam para os consumidores localizados na área sujeita à exclusividade. Pode ocorrer também a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda, caso estes envolvam custos elevados de mudança e a ocorrência de efeitos de tipo “*lock in*” do consumidor, por não possuir alternativas viáveis de consumo desses serviços. Analogamente, os possíveis benefícios em termos de economia de custos de transação devem sempre ser considerados na avaliação.

3. Acordos de exclusividade: os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais. Os efeitos potenciais anticompetitivos estão associados: (i) à implementação de condutas colusivas, tendentes à cartelização, no mercado “de origem”, quando são utilizados como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos; ou (ii) ao aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, por meio do “fechamento” e/ou aumento de barreiras à entrada no segmento de distribuição (ou de fornecimento de insumos), o que pode resultar diretamente de cláusulas contratuais, ou indiretamente por aumento de custos dos rivais. Os possíveis benefícios da prática envolvem

novamente a economia de custos de transação, ao buscar a contenção de condutas oportunistas em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnologia, e na proteção de ativos específicos. Eles devem ser cuidadosamente ponderados, como sempre, na avaliação final.

4. Recusa de negociação: o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento. Os efeitos anticompetitivos potenciais estão relacionados principalmente ao “fechamento” dos e/ou o aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento, como no item anterior (incluindo possível aumento de custos de rivais), bem como os efeitos relacionados aos serviços pós-venda indicados no item 2 acima. As possíveis eficiências econômicas são essencialmente as mesmas do item anterior. 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.

5. Venda casada: o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. Entre outros, os principais efeitos anticompetitivos estão relacionados à “alavancagem” de poder de mercado de um produto para outro, elevando abusivamente os lucros em detrimento dos adquirentes e, em última análise, do consumidor, ao mesmo tempo em que promove o “fechamento” do segmento a jusante (em geral, de distribuição) para concorrentes efetivos e potenciais (aumento das barreiras à entrada). A prática de vendas casadas também constitui uma forma de burlar os limites de taxa de retorno e preço em indústrias reguladas, na medida em que a empresa seja capaz de incrementar o preço total pela inclusão obrigatória de um novo produto ou serviço ao “pacote”. Efeitos anticompetitivos sobre serviços pós-venda também podem ocorrer. 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 (conjunta).

6. Discriminação de preços: o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar do excedente do consumidor e assim a elevar seus lucros em relação ao nível competitivo. Esta prática *não é* intrinsecamente anticompetitiva, na medida em que, embora aumentando os lucros do produtor, pode não afetar o bem-estar dos consumidores ao não restringir, ou até ao aumentar, o volume de transações no mercado. Requer uma análise específica. Em certos casos, pode estar indicando uma variante de recusa de vendas ou de venda casada; sob essas formas indiretas, é uma prática relativamente freqüente em setores regulados abertos à concorrência.

ANEXO II

PASSOS BÁSICOS NA ANÁLISE DE PRÁTICAS RESTRITIVAS

A. APRESENTAÇÃO

O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à *concorrência*, e não apenas a concorrente(s), requerem substancial *poder de mercado* no *mercado relevante* por parte de quem as pratica. Isto por sua vez implica *posição dominante*, presumida com participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (Art. 20 § 3º da Lei 8.884/94).

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esta é uma condição *necessária*, mas *não suficiente* para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los *vis-à-vis* seus possíveis benefícios (“eficiências”) compensatórios.

Os *passos básicos* dessa análise são:

1. *Caracterização da conduta*

- 1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal
- 1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.

2. *Análise das condições estruturais e/ou institucionais*

- 2.1. Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s).
- 2.2. Estimativa das participações da(s) empresa(s) acusada(s) no(s) mercado(s) relevante(s).
- 2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais).

3. *Análise da conduta específica*

3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s). 3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta.

3.3. Avaliação final (poderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

De acordo com o princípio da razoabilidade, deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiências compensatórios

B. DETALHAMENTO

1. *Caracterização da conduta*

1.1. *Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal*

O passo inicial da análise de uma prática de mercado é a caracterização de sua natureza anticoncorrencial, identificando-se claramente a autoria da conduta, os produtos e mercados envolvidos (p. ex., se horizontal ou vertical, e de que tipo), sua racionalidade do ponto de vista de quem a pratica e uma análise preliminar de seus efeitos prováveis sobre o(s) mercado(s), seguida de uma primeira proposta de enquadramento legal.

1.2. *Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos*

A adequada instrução do processo supõe que os autos reúnam evidências suficientes da prática em questão, que não precisam restringir-se à prova documental, e que podem variar de acordo com o tipo de prática.

2. *Análise das condições estruturais e/ou institucionais*

2.1. *Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s)*

2.1.1. Determinação dos produtos suficientemente bons substitutos do ponto de vista da demanda para comporem o(s) mercado(s)

relevante(s) na dimensão produto.

2.1.2. Determinação da dimensão geográfica do(s) mercado(s) relevante(s) já definido(s) em termos de produto.

Para a delimitação de cada mercado relevante nas dimensões produto e geográfica devem ser levadas em consideração basicamente as seguintes informações:

- as características físicas dos produtos;
- 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 desviaram sua demanda ou levaram em conta a possibilidade de desviá-la em função de mudança nos preços relativos ou em outras variáveis competitivas.

2.2. *Estimativa das participações da(s) empresa(s) acusada(s) no(s) mercado(s) relevante(s).*

2.2.1. Determinação das firmas participantes do(s) mercado(s) relevante(s), inclusive as entrantes não comprometidas (isto é, que não têm custos significativos de entrada e saída), levando-se em consideração a elasticidade da oferta.

2.2.2. Cálculo dos *market shares* dos participantes no(s) mercado(s) relevante(s), particularmente da(s) empresa(s) acusada(s) da prática.

2.3. *Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais).*

2.3.1. Cálculo do grau de concentração do(s) mercado(s) relevante(s), utilizando-se o HHI ou semelhante.

2.3.2. Análise dos padrões de concorrência no(s) mercado(s) relevante(s), verificando-se se a prática alvo da acusação é comum a todos os seus participantes, e por que motivo.

2.3.3. Aferição do grau de rivalidade (concorrencial, estratégica

e tecnológica) entre os participantes no(s) mercado(s) relevante(s).

2.3.4. Avaliação das barreiras à entrada em suas dimensões básicas: vantagens de custo; diferenciação de produto, presença significativa de economias de escala, magnitude dos investimentos iniciais, presença de custos irre recuperáveis e barreiras institucionais.

2.3.5. Exame do grau de exposição do(s) mercado(s) relevante(s) à concorrência por importações.

3. Análise da conduta específica

3.1. *Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s).*

Os prejuízos à concorrência resultantes de práticas restritivas, como visto no **Anexo I**, variam principalmente em função de as práticas em questão serem caracterizadas como horizontais ou verticais.

3.1.1 No caso das práticas *horizontais*, o principal efeito anticoncorrencial é o de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado relevante, seja a curto prazo (cartéis e outros acordos entre empresas, tabelamentos de associações de profissionais), seja a médio ou longo prazos (preços predatórios).

3.1.2 No caso das práticas *verticais*, os principais efeitos anticoncorrenciais são: a facilitação da implementação de práticas concertadas (cartéis, etc.), ou o reforço unilateral de poder de mercado de uma empresa dominante, no mercado relevante “de origem” (comum a *todas* as práticas); o “fechamento” do mercado relevante “alvo” da prática para concorrentes efetivos ou potenciais (aumento das barreiras à entrada), inclusive por aumento de custos de rivais; a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda; e a atenuação da concorrência entre ou intra-marcas.

Na investigação dos possíveis efeitos anticompetitivos das práticas verticais, as seguintes informações básicas deverão ser levadas em consideração:

- a proporção do(s) mercado(s) relevante(s) alvo(s) atingida pelas condutas verticais investigadas;
- a duração das práticas restritivas;

- a magnitude das barreiras à entrada no(s) mercado(s) envolvido(s) na prática restritiva;
- o grau de concorrência inter-marcas;
- o grau de substituíbilidade entre as marcas concorrentes;
- os diferenciais de preços dos produtos equivalentes de marcas distintas;
- as condutas prévias das empresas atuantes no(s) mercado(s) relevante(s) em termos de comportamentos coordenados; e
- os níveis de consumo vigentes antes e depois da prática vertical.

Os principais efeitos anticompetitivos de cada tipo de prática, horizontal e vertical, assim como os respectivos procedimentos de análise recomendados, encontram-se indicados resumidamente nos Quadros listados abaixo.

3.2. Exame de possíveis eficiências econômicas geradas pela conduta.

Como indicado no **Anexo I**, a aplicação da regra da razoabilidade requer para todas as práticas anticompetitivas a identificação e avaliação de possíveis benefícios ou aumentos de eficiência a elas associados.

3.2.1. No caso das práticas *horizontais*, eventuais benefícios podem estar relacionados apenas à realização de investimentos que incorporem - ou à interação entre ativos complementares já existentes, que proporcionem - maior eficiência produtiva ou tecnológica, em determinados acordos entre empresas; ou o suporte à qualidade dos serviços prestados, em certos casos de preços tabelados por associações de profissionais.

3.2.2. No caso das práticas *verticais*, os principais dentre os possíveis benefícios/eficiências a elas associados consistem na redução de custos de transação, expressa na detenção de comportamentos oportunistas (“*free riders*”) de modo a preservar/incentivar a qualidade dos serviços nos mercados “alvo” (distribuição, pós-venda, etc.) e proteger a reputação e os investimentos em ativos específicos de empresas no mercado “de origem”. Em certos casos podem ainda estimular a consecução de economias de escala e de escopo no mercado “alvo”, ou ainda proteger o desenvolvimento tecnológico no mercado “de origem”. No caso específico da fixação de preços máximos de revenda, é preciso considerar a hipótese de que ela permita eliminar a possibilidade de exercício de

poder de mercado por parte dos distribuidores.

Na avaliação dos possíveis benefícios (eficiências) econômicos das práticas restritivas verticais deve-se investigar se as relações contratuais entre as empresas em questão, na ausência da prática sob análise, são vulneráveis a ações oportunistas de qualquer uma delas, o que exige basicamente informações sobre:

- características do produto ou serviço que está sendo transacionado, de maneira a estimar os custos que cada parte de um hipotético contrato simples de compra e venda teria em monitorar o cumprimento dos termos contratuais pela outra parte;
- os custos de busca de alternativas para comprar ou vender o mesmo produto ou serviço, caso o hipotético contrato simples de compra e venda seja desfeito. Estes custos dependem da realização de investimentos em *ativos específicos* por uma ou ambas as partes, ou seja, ativos especializados que perdem valor quando utilizados em transações com outros agentes. A especificidade dos ativos pode decorrer de: (i) localização geográfica, (ii) características físicas de equipamentos, (iii) capacitações tecnológicas especializadas, (iv) capacidade produtiva dimensionada para a demanda de um grande cliente.

Quando as práticas envolverem relações entre produtores e distribuidores/prestadores de serviços pós-venda (manutenção, etc), a investigação das possíveis eficiências deve-se fazer a partir de um conjunto de informações específico, que abrange:

- características físicas dos produtos comercializados, especialmente as que levam os consumidores a depender de uma oferta complementar de serviços, seja para a escolha do produto, seja para sua correta utilização e/ou manutenção;
- características dos consumidores que afetam sua dependência de terceiros no que se refere aos serviços acima mencionados;
- características dos canais de distribuição dos produtos, identificando os agentes que têm poder efetivo de influenciar as decisões do consumidor;
- identificação e avaliação dos investimentos efetuados pelos produtores em ativos fixos utilizados pelos distribuidores/prestadores de serviços pós-venda, estimando a possibilidade de que sejam utilizados por estes últimos para alavancar vendas de produtos de produtores concorrentes;
- identificação e avaliação dos investimentos efetuados pelos produtores

no treinamento de distribuidores/prestadores de serviços pós-venda, estimulando a complexidade das capacitações envolvidas e a possibilidade de estes últimos utilizarem os conhecimentos obtidos para alavancar vendas de produtos de produtores concorrentes;

- identificação e avaliação dos investimentos efetuados pelos produtores em propaganda e *marketing* que levam os consumidores a procurar seus distribuidores mas permitem a estes desviá-los para a aquisição de produtos de produtores concorrentes que oferecem uma maior margem na comercialização;

- estimativa de variáveis que podem afetar os custos que o produtor incorre no monitoramento do desempenho dos distribuidores e prestadores de serviços pós-venda, tais como o número e a distribuição geográfica dos distribuidores, prestadores de serviços e clientes;

- identificar a possibilidade, avaliando-a se possível, de o produtor recompensar individualmente os distribuidores em função do esforço de venda realizado.

Os possíveis benefícios ou eficiências de cada tipo de prática, horizontal e vertical, assim como os respectivos procedimentos de análise recomendados, encontram-se indicados resumidamente nos Quadros listados abaixo.

3.3. Avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

Como indicado anteriormente, a análise da conduta específica, baseada no princípio da razoabilidade, conclui-se com a ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão. Dada a dificuldade de mensuração desses efeitos, seja porque muitos deles são apenas potenciais, seja pelos problemas intrínsecos de mensuração dos custos de transação (presentes nos benefícios potenciais de quase todas as práticas verticais), é inevitável que a análise seja em grande parte qualitativa, devendo entretanto ser procedida de forma minuciosa e criteriosa.

Os seguintes Quadros deste Anexo fornecem indicações resumidas para auxiliar a análise:

Quadro 1 – Principais efeitos anticompetitivos e possíveis benefícios/eficiências de cada prática horizontal típica.

Quadro 2 – Principais efeitos anticompetitivos e possíveis benefícios/eficiências de cada prática vertical típica.

Quadro 3 – Cruzamento entre práticas horizontais e efeitos anticompetitivos.

Quadro 4 – Respectivos procedimentos de análise recomendados.

Quadro 5 — Cruzamento entre práticas horizontais e possíveis benefícios/eficiências.

Quadro 6 — Respectivos procedimentos de análise recomendados.

Quadro 7 — Cruzamento entre práticas verticais e efeitos anticompetitivos.

Quadro 8 — Respectivos procedimentos de análise recomendados.

Quadro 9 — Cruzamento entre práticas verticais e possíveis benefícios/eficiências.

Quadro 10 — Respectivos procedimentos de análise recomendados

QUADRO 1 - Principais efeitos anticompetitivos e possíveis benefícios/eficiências de cada prática horizontal típica.

Práticas anticompetitivas horizontais típicas	Principais efeitos anticompetitivos	Principais possíveis benefícios/eficiências
Formação de cartéis	Redução ou eliminação da concorrência	Não há em princípio
Outros acordos entre empresas	Redução ou eliminação da concorrência	Investimentos em tecnologia, P&D, etc. ou ativos complementares acarretando aumento de eficiência
Associações de profissionais	Redução ou eliminação da concorrência	Incentivo à manutenção da qualidade dos serviços
Preços predatórios	Redução ou eliminação da concorrência, a médio ou longo prazos	Não há em princípio

QUADRO 2 - Principais efeitos anticompetitivos e possíveis benefícios/eficiências de cada prática vertical típica.

Práticas anticompetitivas verticais típicas	Principais efeitos anticompetitivos	Principais possíveis benefícios/eficiências
Fixação de preços de revenda	Facilitação da implementação de condutas concertadas (cartel) ou reforço unilateral de poder de mercado no mercado "de origem"; exploração monopolista de usuários de serviços pós-venda; atenuação da concorrência intra-marcas; elevação das margens de lucro no mercado "alvo" (distribuição)	Estímulo à prestação de serviços pré- e pós-venda; prevenir condutas oportunistas para proteger ativos e preservar qualidade dos serviços
Acordos de exclusividade	Facilitação da implementação de condutas concertadas (cartel) ou reforço unilateral de poder de mercado no mercado "de origem"; "fechamento" do mercado para concorrentes efetivos ou potenciais (barreiras à entrada), com ou sem aumento de custos de rivais; atenuação da concorrência entre marcas	Estímulo à prestação de serviços pré- e pós-venda; prevenir condutas oportunistas para proteger ativos e preservar qualidade dos serviços
Restrições territoriais e de base de clientes	Facilitação da implementação de condutas concertadas (cartel) ou reforço unilateral de poder de mercado no mercado "de origem"; exploração monopolista de usuários de serviços pós-venda; atenuação da concorrência intra-marcas; elevação das margens de lucro no mercado "alvo" (distribuição)	Estímulo à prestação de serviços pré- e pós-venda; prevenir condutas oportunistas para proteger ativos e preservar qualidade dos serviços; economias de escala no mercado "alvo" (distribuição)
Recusa de negociação	Facilitação da implementação de condutas concertadas (cartel) ou reforço unilateral de poder de mercado no mercado "de origem"; exploração monopolista de usuários de serviços pós-venda; "fechamento" do mercado para concorrentes efetivos ou potenciais (barreiras à entrada), com ou sem aumento de custos de rivais; atenuação da concorrência entre marcas	Estímulo à prestação de serviços pré- e pós-venda; prevenir condutas oportunistas para proteger ativos e preservar qualidade dos serviços; economias de escala no mercado "alvo" (distribuição)
Venda casada	Facilitação da implementação de condutas concertadas (cartel) ou reforço unilateral de poder de mercado no mercado "de origem"; exploração monopolista de usuários de serviços pós-venda; "fechamento" do mercado para concorrentes efetivos ou potenciais (barreiras à entrada); atenuação da concorrência entre marcas	Economias de escopo; facilitar desenvolvimento tecnológico; redução de custos e de gestão de estoques e contratuais; garantia de qualidade dos produtos/serviços complementares

**QUADRO 3— CRUZAMENTO ENTRE PRÁTICAS HORIZONTAIS
E EFEITOS ANTICOMPETTIVOS**

Possíveis efeitos anticompetitivos	Formação de cartéis	Outros acordos entre empresas	Associações de profissionais	Preços predatórios
Redução ou eliminação da concorrência a curto prazo	X	X	X	
Redução ou eliminação da concorrência a médio ou longo prazos				X

**QUADRO 4— PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE RECOMENDADOS PARA
EFEITOS ANTICOMPETTIVOS DE PRÁTICAS HORIZONTAIS**

Procedimentos para análise dos efeitos anticompetitivos	Formação de cartéis	Outros acordos entre empresas	Associações de profissionais	Preços predatórios
Avaliação do poder de mercado conjunto das empresas que implementam a prática (market share no mercado relevante)	X	X	X	X
Avaliação das condições de entrada (inclusive institucionais) e demais condições competitivas no mercado relevante	X	X	X	X
Análise de condições estruturais que facilitam a cartelização ou colusão em preços (altas concentração das vendas, economias de escala e barreiras à entrada; ausência de custos irrecuperáveis; homogeneidade de produtos, tecnologia e custos; estabilidade da demanda)	X	X		
Análise de evidências de cartelização ou comportamento colusivo em preços (estabilidade de market shares, rigidez de preços relativos, práticas de comercialização uniformes que facilitam a coordenação e a monitoração de condutas em preços, tais como integração vertical na distribuição, fixação de preços de revenda e outros trabelamentos, condições padronizadas de venda, etc.)	X	X	X	
Estimativa dos efeitos da prática sobre o mercado relevante, considerando particularmente o market share das empresas envolvidas	X	X	X	X
Estimativa de custos médios e comparação com preços médios praticados em período de tempo prolongado; avaliação de provável estrutura de mercado resultante da eliminação de concorrentes para testar consistência de conduta predatória				X

QUADRO 5 — CRUZAMENTO ENTRE PRÁTICAS HORIZONTAIS E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS/EFICIÊNCIAS

Principais possíveis benefícios ou eficiências	Formação de cartéis	Outros acordos entre empresas	Associações de profissionais	Preços predatórios
Investimentos em tecnologia, P&D, etc. ou ativos complementares acarretando aumento de eficiência		X		
Incentivo à manutenção da qualidade dos serviços			X	

QUADRO 6 — PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE RECOMENDADOS PARA POSSÍVEIS BENEFÍCIOS/EFICIÊNCIAS DE PRÁTICAS HORIZONTAIS

Procedimentos para análise dos possíveis benefícios ou eficiências	Formação de cartéis	Outros acordos entre empresas	Associações de profissionais	Preços predatórios
Verificar a existência de ativos complementares e/ou investimentos em tecnologia, P&D, etc. associados ao acordo, capazes de acarretar aumento de eficiência produtiva ou desenvolvimento tecnológico		X		
Verificar a existência e extensão de eventuais incentivos que impeçam ou dificultem a deterioração da qualidade dos serviços prestados pelos profissionais			X	

QUADRO 7 — CRUZAMENTO ENTRE PRÁTICAS VERTICAIS
E EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

Possíveis efeitos anticompetitivos	Fixação de preços de revenda	Restrições territoriais ou de bases de clientes	Acordos de exclusividade	Recusa de negociação	Vendas casadas
Limitações à livre concorrência por facilitar implementação de condutas concertadas (cartel, colusão em preços) ou reforço unilateral de poder de mercado no mercado "de origem"	X	X	X	X	X
Elevação das margens de lucro na distribuição	X	X			
Atenuação da concorrência entre marcas (avaliar substituíbilidade entre produtos, dada pelas elasticidades cruzadas da demanda: quanto maiores, menor o efeito potencial anticompetitivo)			X	X	X
Atenuação da concorrência intra-marcas	X	X			
Fechamento do mercado ("de origem" ou o mercado "alvo") para competidores existentes ou potenciais			X	X	X
Exploração monopolista dos usuários em serviços pós-venda	X	X		X	X
Disfarce de práticas predatórias					X
Burla de mecanismos de regulação					X
Alavancagem de poder de mercado					X

**QUADRO 8 – PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE RECOMENDADOS
PARA EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DE PRÁTICAS VERTICAIS**

Procedimentos para análise dos efeitos anticompetitivos	Fixação de preços de revenda	Restrições territoriais ou de bases de clientes	Acordos de exclusividade	Recusa de negociação	Vendas casadas
Avaliação do poder de mercado da(s) empresa(s) que implementa(m) a prática (market shares nos mercados relevantes "de origem" e "alvo")	X	X	X	X	X
Avaliação das condições de entrada e demais condições competitivas nos mercados relevantes "de origem" e "alvo"	X	X	X	X	X
Análise de condições estruturais que facilitam a cartelização/colusão em preços, ou reforço de poder de mercado (altas concentração das vendas, economias de escala e barreiras à entrada; ausência de custos irrecuperáveis; homogeneidade de produtos e custos, no caso de cartel)	X	X	X	X	X
Análise de evidências de cartelização ou comportamento colusivo em preços nos mercados envolvidos (estabilidade de market shares, rigidez de preços relativos, práticas de comercialização padronizadas que facilitam a coordenação e a monitoração de condutas em preços, etc.)	X	X	X	X	X
Avaliação dos efeitos sobre a concorrência entre ou intra-marcas	X	X	X	X	X
Estimativa da extensão do "fechamento" (market share resultante) do mercado "alvo" ou das barreiras a novas entradas, inclusive por meio de aumento de custos dos rivais			X	X	X
Avaliação dos custos de mudança, efeitos de "lock in" e outros fatores que afetam a exploração monopolista de serviços pós-venda	X	X		X	X
Avaliação de diferenças de poder de mercado (market shares, etc.) nos produtos envolvidos					X

QUADRO 9 — CRUZAMENTO ENTRE PRÁTICAS VERTICAIS E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS/EFICIÊNCIAS

Possíveis benefícios ou eficiências	Fixação de preços de revenda	Restrições territoriais ou de bases de clientes	Acordos de exclusividade	Recusa de negociação	Vendas casadas
Economias de escala no mercado "alvo"		X	X		
Economias de escopo					X
Desenvolvimento tecnológico					X
Proteção de ativos contra condutas oportunistas		X	X	X	
Estímulo à prestação de bons serviços pré e pós-venda	X	X	X	X	
Eliminação de oportunidades de que o distribuidor substitua o produto do fabricante por produtos similares de qualidade inferior			X		
Reduções de custos relacionadas à pactuação de contratos, logística e gestão de estoques					X
Preservação da reputação do fabricante contra os efeitos da comercialização de produtos complementares de qualidade inferior					X
Detenção de ações oportunistas de modo a preservar a qualidade dos serviços, ao atenuar a concorrência intra-marca	X	X			

QUADRO 10 – PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE RECOMENDADOS PARA POSSÍVEIS BENEFÍCIOS/EFICIÊNCIAS DE PRÁTICAS VERTICAIS

Procedimentos para análise dos possíveis benefícios/eficiências	Fixação de preços de revenda	Restrições Territoriais ou de bases de clientes	Acordos de exclusividade	Recusa de negociação	Vendas casadas
Avaliação da importância de economias de escala no mercado "alvo"		X	X	X	
Avaliação da importância de economias de escopo e de sinergias no desenvolvimento tecnológico entre os produtos envolvidos					X
Avaliação da magnitude dos incentivos à prestação de mais e/ou melhores serviços pré- e pós-venda	X	X	X	X	
Avaliação da existência e extensão da economia de custos de transação nas relações contratuais verticais (decorrentes de limitações e custos dos agentes para o acesso e processamento de informações), em particular na contenção de condutas oportunistas que possam inviabilizar investimentos, desvalorizar ativos específicos e/ou deteriorar a qualidade dos produtos/serviços oferecidos no mercado "alvo". Identificar e avaliar tais investimentos e ativos, e o grau de sua especificidade (ativos fixos, propaganda e marketing, treinamento)	X	X	X	X	X

ANEXO III

Correspondência de práticas típicas da literatura de defesa da concorrência com as previstas no Art. 21 da Lei nº 8.884/94

	Práticas anticompetitivas típicas	Correspondentes tipificadas na Lei 8.884/94	art. 21
HORIZONTAIS	Formação de cartéis (formas de coordenação entre concorrentes do mesmo mercado); associações de profissionais	Fixar (ou praticar), em acordo com concorrentes, preços ou condições de venda	I
		Adotar conduta comercial uniforme entre concorrentes	II
		Combinar preços ou vantagens em licitações	VIII
		Dividir mercados p/ venda de produtos ou serviços, ou de insumos	III
	Outros acordos entre empresas	<i>Regular mercados, estabelecendo acordos para:</i> *Limitar/controlar P&D; *Para limitar ou controlar a produção; *Para dificultar investimentos na produção ou na distribuição	X
	Preços predatórios	Vender mercadoria abaixo do preço de custo	XVIII
Importar bens abaixo do custo no país de origem		XIX	
VERTICAIS	Fixação de preços de revenda; Restrições territoriais e de base de clientes	Impor condições de comercialização relativas aos negócios de distribuidores com terceiros	XI
	Acordos de exclusividade	Impor condições de comercialização relativas aos negócios de distribuidores com terceiros	XI
		Exigir ou conceder exclusividade p/ publicidade nos meios de comunicação de massa;	VII
	Discriminação de preços	Discriminar adquirentes ou fornecedores por meio de fixação diferenciada de preços ou outras condições de venda	XII
	Recusa de venda	Recusar venda dentro das condições normais aos usos e costumes comerciais	XIII
		Dificultar/romper relações comerciais de prazo indeterminado, porque a outra parte recusou-se a se submeter a cláusulas anticoncorrenciais	XIV
Venda casada	Subordinar a venda de um bem à aquisição de outro	XXIII	

		Alterações artificiais de preços	
		Provocar a oscilação de preços de terceiros por meios enganosos	IX
		Impor preços excessivos ou aumentá-los sem justa causa	XXIV
		Práticas tendentes a restringir a oferta	
		Destruir/inutilizar insumos ou produtos acabados, ou equipamentos de produção, distribuição ou transporte	XV
		Abandonar ou destruir lavouras	XVII
		Interromper/reduzir produção em grande escala, injustificadamente	XX
		Cessar atividades, total ou parcialmente, sem justa causa	XXI
		Reter bens de produção ou de consumo	XXII

Obs: as condutas previstas nos incisos IV, V e VI do art. 21:

- * criar dificuldades a constituição/ funcionamento/ desenvolvimento de concorrentes, fornecedores, compradores ou financiadores;
- * limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- * impedir acesso de concorrentes a fontes de insumos; equipamentos; canais de distribuição,

não constituem propriamente práticas específicas, mas efeitos que podem ser provocados por vários tipos de práticas tipicamente anticompetitivas. Por exemplo: uma discriminação de preços pode criar dificuldades ao funcionamento de concorrentes; um acordo de exclusividade pode impedir o acesso de novas empresas ao mercado; etc.