

**FGV DIREITO SP**  
**MESTRADO PROFISSIONAL**  
**DIREITO DOS NEGÓCIOS**

**Descontos condicionados, qual a metodologia de análise e os limites a partir dos casos já julgados pelo CADE?**

Daniel Elias do Nascimento

Projeto de pesquisa apresentado ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP, sob orientação da professora Dra. Leonor Cordovil.

Versão de 30.09.2019

São Paulo  
2019

## 1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

O objetivo da pesquisa é apresentar uma sugestão de metodologia de análise de descontos condicionados a ser adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), bem como orientar Departamentos de *Compliance* na revisão/elaboração de políticas comerciais envolvendo descontos condicionados<sup>1</sup>.

Para isso, tomará como ponto de partida a análise dos precedentes mais relevantes da União Europeia e dos Estados Unidos da América (“Eua”) nos casos em que o tema de desconto condicionado foi analisado, observando a metodologia aplicada e quais os critérios adotados pelas agências antitrustes internacionais no exame dos casos.

Posteriormente, será feita uma análise dos casos em que o tema foi discutido pelo CADE, verificando também nesta ocasião a metodologia empregada e os critérios utilizados pelo CADE.

Tendo o resultado das pesquisas acima como base, serão propostas formas, ou critérios, que poderão ser utilizados pelo CADE na análise de casos futuros a fim de aperfeiçoar a aplicação da lei antitruste nacional no tocante ao tema de descontos condicionados.

Ao final, considerando os precedentes europeus e americanos, bem como as análises já realizadas pelo CADE nos processos envolvendo descontos condicionados, serão propostos limites a serem observados pelos Departamentos de *Compliance* na revisão de políticas comerciais envolvendo descontos condicionados.

Apesar de o Direito Concorrencial encontrar fundamento constitucional desde a década de trinta do século passado<sup>2</sup>, seu fortalecimento e consolidação no Brasil tem na Lei nº 8.884/94 marco de grande relevância. Isto porque, entre outras medidas relevantes, tal normativa sistematizou os dispositivos legais de matéria antitruste, criou o conhecido “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (“SBDC”), e transformou o CADE em autarquia federal com destinação orçamentária própria.

Desde o final dos anos noventa e início dos anos dois mil a atuação do CADE se mostra em contínua expansão.

---

<sup>1</sup> Os descontos condicionados, em regra, podem ser tratados como condutas unilaterais e contemplam diversas definições, sendo adotada para fins deste trabalho aquela apontada por GERADIN e PEREIRA NETO que os trata como formas de incentivos concedidas pelos fornecedores a clientes ou distribuidores/varejistas, desde que suas compras ou vendas atinjam ou excedam certos patamares formulados em termos de metas de volume, porcentagem e aumento de compra. Vide GERADIN, Damien e PEREIRA NETO, Caio Mário S. Restrições Verticais Adotadas por Empresas Dominantes – Uma Análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia. Vol. 2. Revista dos Tribunais, 2013. Pgs. 34 e 35.

<sup>2</sup> Vide, por exemplo, artigos 115 a 117 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934. Nota-se que o tema da concorrência já era objeto de regulação desde a fase conhecida como “Fiscalista” no Brasil do século XVIII.

Nos primeiros anos após a publicação da Lei nº 8.884/94, houve grande destaque para o controle das concentrações empresariais<sup>3</sup>. Entre os anos 2000 e 2012, cerca de 95% (noventa e cinco por cento) dos julgamentos do CADE dava conta de concentrações, 3% (três por cento) de condutas unilaterais<sup>4</sup> e apenas 2% (dois por cento) tratavam de condutas coordenadas<sup>5</sup>.

Este cenário se alterou com a publicação da Lei nº 12.529/2011 (“LDC”), que revogou a Lei nº 8.884/94 e estruturou o “novo” Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A LDC instituiu o controle prévio das concentrações econômicas, além da possibilidade de a aprovação de operações ser realizada pela Superintendência Geral (“SG”) do CADE.

Tal mecanismo permitiu a diminuição substancial do volume de operações analisadas pelo tribunal do CADE, que agora em sua grande maioria são examinadas pela SG, conferindo ao tribunal mais tempo à disposição para julgar condutas anticompetitivas.

Em 2013, 73% (setenta e três por cento) dos processos julgados pelo CADE ainda versavam sobre controle de concentrações, 10% (dez por cento) de condutas unilaterais e 17% (dezessete por cento) de condutas coordenadas<sup>6</sup>. Apesar de a grande maioria dos casos julgados pelo tribunal do CADE ainda tratarem de controle de concentrações, já é possível identificar em 2013 uma alteração, ainda que tímida, no panorama geral.

Nos últimos anos observou-se uma crescente ascensão do julgamento de casos envolvendo condutas coordenadas. Entre 2014 e 2016, cerca de 55% (cinquenta e cinco por cento) dos casos julgados pelo CADE trataram de condutas coordenadas, 15% (quinze por cento) de condutas unilaterais e 30% (trinta por cento) de atos de concentração<sup>7</sup>.

Especificamente em relação aos processos administrativos julgados pelo CADE em 2018, e relativos as investigações de condutas, 80% (oitenta por cento) deles tratavam de condutas coordenadas, 16% (dezesseis por cento) de condutas unilaterais e 4% (quatro por cento) referentes à adoção de conduta comercial uniforme.

Apesar disso, em seu plano estratégico traçado para 2017-2020, o CADE tem como uma de suas metas dar mais ênfase à persecução de infrações unilaterais<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Em 1996, por exemplo, o número de casos analisados pelo CADE foi 900% (novecentos por cento) maior do que aqueles analisados em 1994 e 1995. CADE, Relatório Anual 1996, Brasília, 1997. Pg. 22. Disponível em < [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes\\_2003/rel\\_1996.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf/view)>. Acessado em 22 de junho de 2019.

<sup>4</sup> As condutas concorrenciais são normalmente classificadas como coordenadas (*i.e.* acordo) ou unilaterais, que são decorrentes, em geral, da própria agressividade das empresas em um ambiente de mercado. PEREIRA NETO, Caio Mário S; CASAGRANDE, Paulo L. Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 80.

<sup>5</sup> ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. São Paulo: Editora Singular, 2017. Pg. 22.

<sup>6</sup> ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. São Paulo: Editora Singular, 2017. Pg. 22.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Vide Planejamento Estratégico CADE, 2017-2020, pg. 6 e 10. Disponível em < [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento\\_estrategico/planejamento\\_estrategico\\_2017\\_2020.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento_estrategico/planejamento_estrategico_2017_2020.pdf)>. Acessado em 25 de junho de 2019.

Conforme observa-se dos dados acima, tal tendência ainda não está refletida nos casos julgados em 2018, por exemplo, pois, naturalmente, há um lapso temporal entre o início das investigações e o julgamento do processo administrativo. Desta forma, por exemplo, todos os casos descritos e julgados em 2018, relativos às condutas *anticoncorrenciais*, com análise final de mérito do ilícito investigado, foram instaurados antes de 2017.

Caso se considere o número de investigações instauradas pelo CADE em 2018, é possível verificar que a tendência à ênfase às investigações de condutas unilaterais está se confirmando. Das 74 (setenta e quatro) investigações iniciadas em 2018, cerca de 41% (quarenta e um por cento) examinam condutas unilaterais, 47% (quarenta e sete por cento) condutas coordenadas, e 12% (doze por cento) relativas à influência à conduta uniforme.

Isso significa que possivelmente, em um futuro breve, o CADE vai enfrentar um aumento relativamente substancial no número de julgamentos envolvendo condutas unilaterais. Desta forma, será necessária a aplicação de uma metodologia clara e eficiente na análise destes casos, conferindo maior segurança jurídica aos administrados.

Isto também implica uma maior e mais rigorosa atenção das empresas na adoção de práticas unilaterais, uma vez que está se confirmando empiricamente a declarada intenção do CADE em estar mais atento a essas práticas.

Diante desse cenário, o escopo do presente trabalho mostra-se relevante de forma a orientar a tanto a atuação do CADE quanto a elaboração, revisão e aplicação das políticas comerciais de descontos condicionados estabelecidas pelas empresas.

O modelo de pesquisa será o de Pesquisa Exploratória, cujo objetivo será identificar os elementos considerados pelo CADE na avaliação da licitude dos descontos condicionados, buscando estabelecer parâmetros para nortear a elaboração de políticas comerciais pelos agentes de mercado.

## **2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso**

- I. Qual(is) a(s) metodologia(s) comumente adotada(s) pela União Europeia na análise de descontos condicionados? Quais os critérios considerados? Existe uma tendência dominante de análise?
  - Fontes: (i) pesquisa bibliográfica, e (ii) pesquisa jurisprudencial.
  - Formas de acesso: o acesso às informações será feito mediante a consulta a livros, artigos, periódicos e portais *online* da agência antitruste europeia.

- II. Qual(is) a(s) metodologia(s) comumente adotada(s) pelos Eua na análise de descontos condicionados? Quais os critérios considerados? Existe uma tendência dominante de análise?
- Fontes: (i) pesquisa bibliográfica, e (ii) pesquisa jurisprudencial.
  - Formas de acesso: o acesso às informações será feito mediante a consulta a livros, artigos, periódicos e portais *online* da agência norte americana.
- III. Quais tipos de descontos condicionados já foram analisados pelo CADE? Qual(is) a(s) metodologia(s) de análise e quais parâmetros foram adotados para o exame dessas condutas? Há uma jurisprudência formada sobre o assunto?
- Fontes: (i) pesquisa bibliográfica, e (ii) pesquisa de decisões administrativas do CADE.
  - Formas de acesso: no que tange à pesquisa bibliográfica, o acesso às informações será feito mediante a consulta a livros, artigos e periódicos. Já em relação as decisões administrativas do CADE, as informações serão verificadas através do portal *online* da Agência, onde se encontra o material de acesso público dos casos julgados pelo tribunal.
- IV. Tendo em vista os casos já julgados, a metodologia e critérios empregados pela União Europeia, pelos Eua, e pelo CADE, há uma metodologia que pode ser empregada de forma mais adequada pelo CADE para análise dos casos futuros?
- Fontes: (i) pesquisa bibliográfica, (ii) pesquisa jurisprudencial e (iii) entrevista com as autoridades do SBDC.
  - Formas de acesso: em relação à pesquisa bibliografia e jurisprudencial, o autor, valer-se-á das informações obtidas nas pesquisas dos quesitos anteriores. Já em relação as pesquisas com as autoridades do SBDC, mediante questionários previamente determinados, o autor buscará entrevistar agentes públicos atuantes no CADE.
- V. Considerando os casos já julgados, a metodologia e critérios empregados pela União Europeia, pelos Eua, e pelo CADE, e as práticas ordinárias de descontos condicionados adotadas pelos agentes de mercado, quais as recomendações gerais e específicas para elaboração e execução de políticas de descontos condicionados?
- Fontes: (i) pesquisa bibliográfica, e (ii) entrevista com as autoridades do SBDC.
  - Formas de acesso: no que tange à pesquisa bibliográfica, o acesso às informações será feito mediante a consulta a livros, artigos e periódicos. Já em relação as pesquisas com

as autoridades do SBDC, mediante questionários previamente determinados, o autor buscará entrevistar agentes públicos atuantes no CADE.

### **3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto**

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

As políticas comerciais desempenham um papel importante na modelagem e estruturação dos negócios, sendo, em diversos casos, o sucesso de determinada prática comercial decisivo para o resultado financeiro positivo ou negativo das companhias.

Muitas dessas práticas comerciais têm nos descontos condicionados relevantes ferramentas para impulsionar o escoamento dos produtos e alavancar a conquista de participação de mercado.

Neste contexto, é essencial para as empresas se atentarem se os descontos condicionados implicariam abusos *anticompetitivos* passíveis de sanção pelo CADE. Refletir acerca dessas práticas é ainda mais relevante tendo em vista o ideal do CADE de investigar mais detalhadamente os casos de condutas unilaterais, como é o caso dos descontos condicionados.

No entanto, tal tarefa se mostra desafiadora tendo em vista a aparente limitada e contraditória análise feita pelo CADE nos casos em que teve a oportunidade de examinar o tema.

Assim, o caráter inovador do presente trabalho reside na proposição de uma metodologia de análise para o CADE de casos envolvendo descontos condicionados bem como a delimitação dos limites de práticas comerciais de descontos condicionados usualmente adotadas por agentes de mercado tendo em vista os casos já julgados pelo CADE, bem como os precedentes europeus e americanos sobre o assunto, apontando, ao final, orientação para a edição e revisão de tais políticas comerciais sob a ótica do Direito Concorrencial.

### **4. Familiaridade com objeto da pesquisa**

O autor atua há mais de cinco anos com Direito Concorrencial, tendo nos últimos anos participado diretamente de relevantes casos em que são investigadas pelo CADE condutas unilaterais adotadas por agentes de mercado.

Além disso, o autor tem prestado assessoria jurídica a empresas no intuito de avaliar a licitude das práticas comerciais então adotadas sob a perspectiva do Direito da Concorrência.

Neste cenário, vem enfrentando dificuldades quando se trata do tema de descontos condicionados, tendo em vista a limitada e contraditória análise feita pelo CADE nos casos em que teve a oportunidade de examinar o tema.

## 5. Bibliografia preliminar

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Editora Singular, 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira*. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinicius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). *Direito Econômico Concorrencial*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTELHO, Ricardo Franco. SANTOS, Aurélio Marchini. *Unilateral Conduct Law and Practice in Brazil*. In: Overview of Competition Law in Brazil. Singular, 2015.

BOTELHO, Ricardo. *Exclusivity Rebates as Abuse of Dominant Position. Analysis of the EU General Court's judgment in Intel*. São Paulo: Editora Singular, 2016.

BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso do seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CHEN, Zhijun. SHAFFER, Greg. *Naked Exclusion with Minimu-share Requirements*. RAND Journal of Economics, vol. 45(1), March, 2014.

DOBSON, Paul W. *Exploiting buyer power: lessons from the British grocery trade*. 72 Antitrust Law Journal No. 2. American Bar Association, 2005.

ECONOMIDES, Nicholas. *Tying, bundling, and loyalty/requirement rebates*. In *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*. Edward Elgar. New York, 2012.

ELHAUGE, Einer; WICKELGREN, Abraham L. *Robust exclusion through loyalty discounts with buyer commitment*. Discussion Paper No. 722. Harvard Law School Cambridge, MA 02138, 2012.

ELHAUGE, Einer. *How loyalty discounts can perversely discourage discounting*. Journal of Competition Law & Economics, 5(2), 189–231, 2009.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Notice – Guidelines on Vertical Restraints*, 2010.

FEDERAL TRADE COMMISISION. *Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories*, 2003.

FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e as Restrições Verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Contratos de Distribuição*. 2ª Ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GERADIN, Damien; e PEREIRA NETO, Caio Mário S. *Restrições Verticais adotadas por empresas dominantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GERADIN, Damien. *A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones*. World Competition 41. December, 2008.

GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e Sugestão de Preço de Revenda em Contratos de Distribuição – Análise dos Aspectos Concorrenciais*. 2ª edição. Editora Singular: São Paulo, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2015.

GRINBERG, Mauro; CORDOVIL, Leonor; FIGUEIREDO, N. L. *O Poder de Compra do Varejo e os Desafios da Concorrência: Uma Visita ao Chile e à Argentina*. Revista do IBRAC, , v. 15, p. 111-126, 2009.

HAHN, Robert W. *Antitrust Policy and Vertical Restraint*. AEI. Washington, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*. 2ª ed. Saint Paul: West Group, 1999.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Fidelity Rebates - Background note by the Secretariat*, 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mário S; CASAGRANDE, Paulo L. *Direito Concorrencial – Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. Pg. 80.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. São Paulo: Editora Gen Forense, 2012.

## **6. Sumário Preliminar**

- I. Introdução
  
- II. Descontos Condicionados e Não Condicionados
  - II.1. Tipo de Descontos Condicionados
    - A) Desconto fidelidade
    - B) Desconto por volume
    - C) Descontos para pacotes ou multiprodutos
    - D) Desconto alvo
  
- III. Efeitos Pró e *Anticompetitivos* dos Descontos Condicionados
  
- IV. A Metodologia de Análise adotada pela União Europeia





Revisão Final da Escrita																			
--------------------------	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--