

Práticas restritivas verticais

Contributo da experiência europeia para o direito da concorrência brasileiro

Daniel Rocha Corrêa

Sumário

1 - Apresentação. 2 - A liberdade de concorrência e sua defesa. 2.1 - O mercado. 2.2 - Liberdade de concorrência. 2.3 - Concorrência e mercado. 3 - Relações verticais e restrições verticais à liberdade de concorrência. 3.1 - Efeitos das restrições verticais. 3.2 - O exemplo do contrato de franquia. 4 - Provocações suscitadas pelas práticas europeia e brasileira. 4.1 - Restrições territoriais. 4.2 - Práticas discriminatórias. 4.3 - Recusa de contratar. 4.4 - Relação contratual e concorrência. 4.5 - Abuso de posição dominante. 5 - Conclusões.

1 - Apresentação

Porque a concorrência é uma força que impulsiona o mercado a resultados positivos, como o bem-estar dos consumidores, o princípio da liberdade de concorrência está no cerne da economia neoliberal e do direito que lhe corresponde. Em função disso, a defesa da concorrência é um capítulo importante do direito econômico nos dias de hoje.

Identificamos no estudo das restrições verticais uma boa oportunidade para melhor compreender o que é a liberdade de concorrência, pois esse é um campo do direito da concorrência em que o lícito e o ilícito não se revelam imediatamente.

As restrições verticais levam a uma tensão entre os rumos que a atividade negocial segue e os limites traçados pela liberdade de concorrência. Relações verticais como a fran-

Daniel Rocha Corrêa é Professor da PUC Minas e Mestre em Direito Econômico pela UFMG.

quia ou o contrato de distribuição são muito importantes para a economia atualmente, mas muitas se estruturam em restrições que poderão aumentar o poder de uma determinada empresa ou grupo de empresas no mercado e ferir a liberdade de concorrência. Em alguns momentos, as restrições verticais coincidem exatamente com comportamentos vedados pela legislação de concorrência; apesar disso, muitas delas têm por fundamento uma lei que regula algum negócio específico, como é o caso da distribuição de veículos automotores no Brasil. Além disso, o crescimento do interesse sobre a franquia hoje em dia é a confirmação fática da eficiência econômica das restrições verticais.

Então, para compreendermos numa dimensão pragmática o significado e os limites do princípio da liberdade de concorrência, optamos pelo estudo comparado. Nossa referência foi o direito europeu, devido às recentes mudanças que aperfeiçoaram o ordenamento comunitário para lidar melhor com os benefícios decorrentes das restrições verticais.

Nossas discussões cuidam primeiramente do tema da liberdade de concorrência; em seguida, procuramos caracterizar as restrições verticais e analisar seus efeitos concorrenciais, momento em que procuramos exemplificar com o contrato de franquia; em seguida, retomamos os exemplos, relacionando observações a respeito do estudo de casos brasileiros e europeus sobre: restrições territoriais, práticas discriminatórias, recusa de contratar, relações contratuais e abuso de posição dominante. Concluímos pela necessidade de um contínuo trabalho de construção do direito da concorrência.

2 – A liberdade de concorrência e sua defesa

2.1 – O mercado

Em linhas gerais, podemos dizer que no mercado se dão as trocas, ou que o mercado é o espaço econômico onde se dão as trocas.

A partir de relatos antropológicos, como os de Marcel Mauss sobre a dádiva, podemos afirmar que o mercado é uma instituição (criação cultural) dinâmica. Com relação a isso, o autor destacou:

“[...] Descrevemos os fenômenos de troca e de contrato nessas sociedades que são, não privadas de mercados econômicos como se afirmou – pois o mercado é um fenômeno humano que, a nosso ver, não é alheio a nenhuma sociedade conhecida –, mas cujo regime de troca é diferente do nosso. Nelas veremos o mercado antes da instituição dos mercadores, e antes da sua principal invenção, a moeda propriamente dita; [...]” (MAUSS, 2003, p. 188).

O mercado é dotado de historicidade. Enquanto tribos do norte da América organizaram seus mercados com base na gratuidade e no consumo total, enquanto as trocas familiares ou fraternas também são gratuitas e constituem-se por vínculos morais, o mercado capitalista é caracterizado pela atuação dos mercadores, pela adoção da moeda como elemento unificador das trocas e por orientar-se pela lógica da acumulação.

Mesmo assim, os mercadores e a moeda não fizeram desaparecer vínculos que hoje compreendemos fora do mercado. Ao falar da dádiva, Marcel Mauss (2003, p. 188-189) disse que “[...] essa moral e essa economia funcionam ainda em nossas sociedades de forma constante [...] [a dádiva é] uma das rochas humanas sobre as quais são construídas nossas sociedades [...]”. No mesmo sentido, Jacques Godbout também destaca a amplitude maior da troca como fundamento da sociedade. Para ele, “[...] o sistema da dádiva não é antes de tudo um sistema econômico, mas o sistema social das relações de pessoa a pessoa. Não é o complemento do mercado ou do plano, mas da economia e do Estado” (GODBOUT, 1999, p. 24).

Então, o mercado, quando visto como espaço econômico em um sentido estrito, é

apenas uma parte de um mercado maior. As trocas feitas naquele mercado estruturam-se em vínculos mais superficiais e cada vez mais impessoais. Ideias como quantidade, vantagem, utilidade, valor e competição são afins aos valores que nos orientam nesse momento de nossa vida social. No entanto, como procuramos demonstrar acima, esse mercado ou essa feição do mercado não é a única nem é um dado anterior ao próprio ser humano. O mercado capitalista é uma criação dotada de historicidade e nada nos diz que essa instituição não se alterará no futuro ou que é impossível a mudança.

No sentido estrito, que será o que daremos à palavra *mercado* a partir de agora no texto, François Perroux (1967, p. 317-320) salienta que o mercado se estrutura numa “[...] rede de trocas que torna todos os preços e quantidades interdependentes. [...] o mercado é o encontro das ofertas e das procuras dum bem ou dum serviço, que gera a formação do preço desse produto ou serviço. [...]”.

Dentro da construção capitalista e liberal, a ideia de mercado caracteriza-se pela crença no valor da concorrência como uma força propulsora da sua regulação. Nessa perspectiva, lembramos que a própria organização da economia brasileira demonstra o relevo que damos ao mercado atualmente. Nossa economia tem por atributos essenciais a organização em regime de empresa e a valorização da liberdade de concorrência.

2.2 – Liberdade de concorrência

Conforme Pascal Salin (1995, p. 115), a concorrência é um princípio essencial de todas as atividades humanas. Esse princípio nos remete à ideia de competição. Uma ideia que significa “[...] uma luta ou contenda por superioridade [...]” (WHISH, 2001, p. 2) e que, quando aplicada ao mercado, inspira os diversos sujeitos que concorrem à tentativa de superarem seus competidores nas preferências dos consumidores, para permanecerem no mercado e ampliarem suas fatias de participação nele.

Ao lado do fenômeno da concorrência, podemos destacar a *liberdade de concorrência* como princípio jurídico estruturante de uma determinada ordem jurídico-econômica, quer olhemos para um Estado de inspiração liberal clássica, quer olhemos para um Estado de inspiração neoliberal, como o Estado brasileiro de hoje.

É possível atribuímos dois sentidos complementares ao princípio da liberdade de concorrência. Numa perspectiva, a liberdade de concorrência implica a prerrogativa de competir, ou seja, é o direito de concorrer no mercado. Por outro lado, a liberdade de concorrência impõe um controle, para que prevaleça um mínimo ético e haja efetiva competição, ou seja, leva à necessidade da defesa da concorrência. Essa garantia de um mínimo ético visa, por exemplo, evitar que aqueles que deveriam competir entre si combinem seus preços, falseando os resultados do mercado.

Enquanto o modelo liberal clássico se prendeu àquele primeiro sentido do princípio da liberdade de concorrência, a concepção neoliberal orienta-se pela necessidade de proteção do mercado, para a garantia da concorrência.

De acordo com as crenças predominantes a cada momento, o conteúdo e sentido atribuídos ao princípio da liberdade de concorrência variarão, pois o direito da concorrência é o reflexo de uma determinada política de concorrência. Como Pascal Salin (1995, p. 5) destaca, então, mesmo a teoria tradicional da concorrência “[...] se converte em teoria normativa ao demonstrar que a realização da concorrência conduz a um ótimo econômico”.

Então, de acordo com um enfoque finalístico, podemos utilizar a norma de direito da concorrência como um meio para a realização de objetivos que se apresentem socialmente desejáveis. Richard Whish (2001, p. 15), por exemplo, atribui à defesa da concorrência o fim de defesa dos consumidores, redistribuição e proteção dos concorrentes. É justamente nesse seu aspecto

que o direito da concorrência assume toda a amplitude que lhe é própria como objeto do direito econômico, tornando-se meio para uma política de concorrência.

Contudo, é importante destacar algumas deficiências próprias da aplicação de modelos na realidade social. Cremos que a observação dessas deficiências nos permitirá compreender melhor as mudanças pelas quais passamos e também buscar meios para lidarmos melhor com a realidade atual. Assim, na explicação da realidade e na formulação de políticas econômicas, recursos teóricos como a abstração nos permitem a construção de modelos menos complexos que tentamos aplicar à realidade. Porém, um problema que surge na hora de nos valermos desse recurso de análise é o de tomarmos o modelo como realidade e, a partir disso, julgarmos os fenômenos verdadeiros como aberrações da realidade social, ao falarmos do comportamento no mercado.

Como Pascal Salin (1995, p. 90) destaca, as políticas de concorrência procuram forçar a realidade a se ajustar a um modelo (um modelo atomista). Para o autor, a teoria econômica tradicional (atomista) é uma construção intelectual que não permite a compreensão da realidade, pois se pauta em abstrações como a de que um agente não se preocupa com o comportamento dos concorrentes e também porque ela não considera as relações de poder (SALIN, 1995, p. 87, 29 e 88).

Nessa mesma linha de crítica, Richard Whish (2001, p. 2) observa que a análise de uma concorrência perfeita não explica adequadamente o comportamento econômico no mundo real. Mesmo assim ele defende o mercado e propõe um modelo em que se conjuguem o mercado e a proteção estatal na promoção da concorrência. Segundo o autor, “[...] mercados possibilitam melhores ganhos do que a planificação estatal; no centro da idéia de mercado está o processo de concorrência”. (Idem)

Esta é precisamente a tônica da política de concorrência predominante nos dias de

hoje: uma política que valoriza a liberdade do mercado, mas que dá ao Estado o poder-dever de garantir essa liberdade, segundo um critério de subsidiariedade. Quer falemos de defesa da concorrência hoje, quer de regulação econômica, o mercado está no centro das concepções predominantes que inspiram as diversas políticas de sua própria disciplina.

A atribuição desse papel de garantia ao Estado decorre da maior visibilidade hoje da diferença inerente a cada sujeito que atua no mercado. Uma diferença que ficou mais evidente após a concentração capitalista e a inauguração do capitalismo de grupo, revelando-nos uma assimetria de poder que faz possível um efeito de dominação e leva à necessidade de repressão ao abuso de poder econômico (PERROUX, 1967). Como é possível observar, por questões fáticas ou decorrentes do próprio sistema jurídico, há momentos em que apenas um sujeito se lança ao mercado como ofertante ou comprador. Barreiras técnicas ou barreiras legais podem levar a um contexto dessa natureza. Nessa hora, a concorrência fica em risco, já que a livre concorrência caracteriza-se pela ausência de barreiras (SALIN, 1995). Por isso, ao direito da concorrência, atribui-se o objetivo de repressão do comportamento das empresas com poder de mercado (WHISH, 2001, p. 15).

Mesmo conscientes de que qualquer modelo teórico é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente à realidade, concordamos com a visão de que, num ambiente concorrencial, quando há homogeneidade, a competição impulsiona os indivíduos a buscarem ser os melhores, o que contribui para toda uma prosperidade coletiva.

No entanto, observamos atualmente mudanças na realidade econômica que nos distanciam dessa situação ideal e nos levam a transformações na política de concorrência. Como Richard Whish (2001, p. 2) destaca, vivemos hoje num contexto de “[...] desmonopolização, liberalização e privatizações. Estes fenômenos, associados a

rápida mudança tecnológica e à abertura do comércio internacional despertam poderosas forças econômicas sem precedentes”.

No centro das forças que impõem essa adaptação, observamos a formação de grupos cujo poder econômico não encontra precedentes na história. Isso nos põe diante de um paradoxo moderno destacado por Pascal Salin (1995, p. 93) que é fruto da necessidade de proteger a concorrência, mas tolerando monopólios.

Ainda nessa perspectiva dos desafios impostos pela realidade atual à proteção da concorrência, Gérard Farjat (2004, p. 144) destaca que, embora o direito antitruste tenha nascido nos EUA (Estados Unidos da América) para proteger o mercado diante da concentração, hoje a posição dominante de uma empresa, por exemplo a Microsoft, é essencial para os fins hegemônicos da política internacional daquele país.

Então, de um lado observamos uma tendência à acentuação da assimetria no mercado ou à redução do número de concorrentes, e, do outro, está a necessidade de proteger a concorrência.

Ainda estamos a reviver os desafios já reconhecidos por François Perroux (1967, p. 14): “[...] os programas estabelecidos por grandes unidades, desejosas de ganhar à custa umas das outras, não podem realizar-se simultaneamente, e acima deles tem de intervir uma arbitragem”.

Num Estado de Direito, verifica-se então que uma constituição econômica é necessária para conter o poder econômico privado ou público (WHISH, 2001, p. 18). Nesse panorama, a política de concorrência visa restabelecer a igualdade (SALIN, 1995, p. 89).

Nessa perspectiva, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira (2003, p. 15) esclarecem a nova feição da economia de mercado:

“[...] a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e no (*sic*) concorrência, depende essencialmente da regulação pública não

só para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante.”

Conforme Carolina Munhoz (2006, p. 251) adverte, “[...] o mais importante está aí: a consciência da importância da defesa do processo competitivo no mercado. E não é qualquer defesa da concorrência, mas sim uma capaz de auxiliar na promoção do processo de desenvolvimento. [...]”. Afinal, como Richard Whish (2001, p. 2) destaca, a concorrência contribui para algumas mudanças positivas:

“[...] os benefícios da concorrência são preços menores, produtos melhores, mais opções e maior eficiência do que o que se pode obter sob condições de monopólio. Segundo a teoria econômica neoclássica, em condições de concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor é maximizado. [...] ‘bem-estar do consumidor’ [...] significa especificamente: que se pode conseguir as eficiências alocativa e produtiva; a combinação da eficiência alocativa com a eficiência produtiva maximiza a riqueza total da sociedade. Outro benefício decorrente da concorrência é que ela tem um efeito dinâmico de estimular a inovação, pois os concorrentes são levados a produzir novos e melhores produtos para os consumidores.”

Então, ao destacarmos a possibilidade de a concorrência levar à *eficiência dinâmica*, verificamos, sob uma perspectiva estrita, a possibilidade de a concorrência impulsionar o desenvolvimento econômico. Também sob uma perspectiva ampla, a liberdade de concorrência pode impulsionar o desenvolvimento. Como Amartya Sen (2000) afirma, o mercado, porque tem a liberdade como um de seus fundamentos, é uma instituição importante para o desenvolvimento. Na síntese de Carolina Munhoz (2006, p. 164), vemos:

“[...] A concorrência desempenha um papel fundamental, tanto para garantir a existência de liberdades essenciais ao processo de expansão de liberdades que constitui o desenvolvimento, como ao permitir que a moldura institucional ligada ao mercado funcione de forma a proporcionar maior certeza e segurança aos agentes econômicos.”

Nisso, o direito da concorrência se aproxima do direito econômico. Como Gérard Farjat (2004, p. 126) ressalta, “cada vez mais, a concorrência aparece como uma forma de organização e não como um estado natural, espontâneo, normal”. Por isso, o autor destaca que o direito da concorrência está no cerne do direito econômico contemporâneo e que esse interesse, que nos leva a um *direito econômico da concorrência*, manifesta-se a partir de uma perspectiva macroeconômica do mercado, enquanto os concorrentes lhe merecem uma proteção indireta (Idem, p. 121-122). No mesmo sentido, Frison-Roche e Bonfils (2005, p. 357) afirmam que o direito da concorrência é um “[...] guardião da livre competição, um direito ao serviço do mercado [...]” e que se orienta por um enfoque macroeconômico.

2.3 – Concorrência e mercado

Um passo indispensável na realização destes objetivos atribuídos à norma de direito econômico e de direito da concorrência é a delimitação do mercado. Neste momento, deparamo-nos com outra abstração (FARJAT, 2004, p. 122), porque fruto de uma arbitrariedade (SALIN, 1995, p. 90) do esforço de explicação e disciplina do mercado. Então, é necessário um enfoque restritivo na delimitação do mercado, para resguardar a eficácia da própria concorrência (FARJAT, 2004, p. 138).

Diante disso, verificamos com Richard Whish (2001, p. 22) que a definição do mercado é uma ferramenta fundamental para o operador do direito da concorrência e, apesar de ser complexa e essencialmente

econômica, os juristas não podem ignorá-la. O autor apresenta ainda as seguintes observações em relação à tarefa de definir o mercado para a análise própria do direito da concorrência:

“Primeiro, a definição do mercado não é um fim em si: é uma ferramenta analítica que auxilia na determinação de restrições concorrenciais entre empresas. Em segundo lugar, tanto a dimensão geográfica quanto a dimensão do produto dos mercados devem ser analisadas. Em terceiro lugar, a definição do mercado apenas habilita a identificação das restrições concorrenciais entre competidores atuais: ela não nos diz nada sobre concorrentes potenciais.” (Idem, p. 23)

Em complemento à definição do mercado, surge a necessidade de avaliar o grau de poder de mercado dos sujeitos envolvidos, para definirmos o grau de assimetria e, com isso, compreendermos melhor a realidade e aplicarmos a norma de direito da concorrência.

Sobre o poder de mercado, Richard Whish (2001, p. 6 e 39-40) afirma:

“[...] poder de mercado não existe com relação a um produto, mas em relação a um mercado relevante quanto ao produto, a definição deste mercado deverá combinar dois critérios: ele deverá ser suficientemente delimitado para excluir não substitutivos, e deverá ser suficientemente amplo para incluir todos os substitutos. [...] Fatias do mercado não fornecem informações completas sobre o poder de mercado, é preciso analisar também as barreiras à entrada e à saída.”

Lembramos ainda as anotações feitas por Valentine Korah (1968, p. 20) sobre o assunto:

“Poder de mercado é uma questão de grau, de acordo com fatores como o número de fornecedores independentes, a facilidade com que novas em-

presas consigam entrar no mercado, a disponibilidade de substitutivos (inclusive pela importação de produtos substitutivos) que atendam à mesma ou similar destinação ou possibilitem satisfação similar e o poder de barganha de grandes compradores.”

Para a correta delimitação do mercado para a análise de fenômenos concorrenciais, em algumas situações as conclusões virão da utilização de meios indiretos que permitirão uma análise mais detalhada da realidade. Nesse caminho, Richard Whish (2001, p. 157-161) nos traz uma relação de fatores que indicam dominação: a lei, acesso a capital, economias de escala, integração vertical e sistemas de distribuição bem estruturados, diferenciação dos produtos (marcas), tamanho e penetração no mercado (estrutura do mercado), custos de oportunidade, cláusulas de exclusividade, conduta da empresa dominante, *performance* econômica de uma empresa, registros comerciais.

3 – Relações verticais e restrições verticais à liberdade de concorrência

Num mercado concorrencial, os diversos sujeitos que se dedicam à atividade econômica, em especial as empresas pelo destaque que essa forma de organização tem no período atual do capitalismo, podem competir em dois planos: um primeiro, relativo a uma concorrência intermarcas ou horizontal, que é aquele em que observamos a concorrência efetiva ou potencial de sujeitos que atuam num mesmo mercado na oferta ou na procura de produtos ou serviços; do outro lado, podemos olhar para a concorrência sob um prisma vertical, ou intramarcas, que é aquela decorrente do relacionamento de duas ou mais empresas interligadas a partir de alguma relação vertical, isto é, quando uma empresa atua no mercado de insumos ou matérias-primas de outra, dentro de uma cadeia produtiva, ou quando uma empresa dedica-se à

distribuição dos produtos ou serviços de outra. Nesse caso, a concorrência vertical se dá, por exemplo, pela disputa entre os diversos revendedores do produto de uma determinada marca.

Enquanto na relação horizontal a ilicitude de um comportamento pode estar, por exemplo, no fato de dois sujeitos combinarem a não concorrência ou seus preços, no plano vertical, em muitos momentos, a exclusividade territorial é característica estruturante da própria relação entre os sujeitos, como no contrato de franquia. Isso faz com que necessitemos de conhecer mais o universo dessas relações, para compreendermos seus limites traçados pelo princípio da liberdade de concorrência.

A Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, que exemplifica as restrições verticais e horizontais à liberdade de concorrência, define as práticas restritivas verticais assim:

“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’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’). (BRASIL, 1999).

Por sua vez, a Comissão das Comunidades Europeias, no artigo 2º de seu Regulamento nº 2.790, de 22 de dezembro de 1999, diz que as restrições verticais são restrições da concorrência em acordos verticais, ou seja:

“[...] acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição, e que digam respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços (denominados ‘acordos verticais’).” (COMISSÃO..., 2002, p. 23)

Richard Whish (2001, p. 543) esclarece que o *Guideline* da Comissão relaciona as seguintes espécies desses acordos: marca única, distribuição limitada, fixação do preço de revenda, divisão de mercado.

Quanto ao conteúdo dessas restrições no direito brasileiro, observamos que a Resolução CADE nº 20/1999 enumera seis ordens de práticas restritivas verticais:

1. Fixação do preço de revenda – quando o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores;
2. Restrições territoriais e de base de clientes – quando o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em determinadas regiões;
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;
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;
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;
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 de

parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros. (BRASIL, 1999).

3.1 – Efeitos das restrições verticais

Ao falarmos de restrições verticais à concorrência, necessário salientar que os negócios internos a uma corporação não estão sujeitos à incidência da lei (WHISH, 2001, p. 537). Pelo menos até que eles afetem terceiros.

Como Calixto Salomão Filho (2003, p. 307) salienta, existe um paralelismo entre as restrições verticais e a concentração vertical e, em alguns momentos, a restrição vertical será um mal menor em face da concentração:

“Isso permite visualizar as restrições verticais e concentrações como espécies do mesmo gênero, diferenciáveis em função do grau de integração que cada uma proporciona. A consequência é tornar possível identificar aqueles casos em que determinada restrição é imprescindível para que certo produto possa simplesmente entrar no mercado ou competir e onde ela é, portanto, necessária para evitar uma concentração ainda maior de poder, como a que ocorreria no caso de concentração vertical.”

Com isso, podemos verificar que existe a possibilidade de uma restrição vertical trazer benefícios. Richard Whish (2001, p. 10 e 544) destaca que restrições à concorrência intramarcas podem levar a ganhos na concorrência intermarcas e que elas também podem estimular a competição quanto à qualidade do serviço. Esse efeito positivo também é destacado por Valentine Korah (1968, p. 191).

Na definição da ilicitude de uma restrição, Richard Whish (2001, p. 546-554) destaca que a fatia de mercado é um indicativo importante, ao qual se acrescenta o seu prazo. Quanto a isso, longos prazos, ou seja, superiores a cinco anos, são indicativos de abuso.

Na análise das restrições verticais à liberdade de concorrência, Calixto Salomão Filho (2003, p. 312) salienta a “[...] interdependência entre a concorrência intramarca e intermarcas. Eliminada a primeira, grande é o estímulo para o desaparecimento da segunda”. O autor afirma que as restrições verticais, quando distribuidores e revendedores são comuns a várias marcas, podem gerar efeitos anticompetitivos. Nessa hipótese, podemos observar uma eliminação da concorrência horizontal no mercado, equivalente ao efeito de um cartel. Por isso, o autor diz que “[...] na distribuição multimarca a restrição vertical presumidamente sempre tem por objetivo e pode levar à dominação do mercado”. (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 311).

Mas isso não quer dizer que, no caso da distribuição exclusiva, não haja risco. Como o mesmo autor esclarece, há risco em caso de oligopólio, pois “[...] além da restrição direta de escolha, há o convite ao comportamento idêntico dos demais produtores”. (Idem, p. 312).

3.2 – O exemplo do contrato de franquia

Optamos por analisar alguns aspectos relativos às restrições verticais nos contratos de franquia porque essa modalidade comercial de importância crescente na economia contemporânea é solo fértil para as restrições verticais e por existir uma tendência da restrição na franquia ser considerada lícita. Essa admissibilidade é decorrente da eficiência da restrição na franquia. Por exemplo, porque possibilita o acesso do produto ao mercado sem concentração vertical (Ibidem).

Quando confrontamos os contratos de franquia com a disciplina referente à proteção da liberdade de concorrência, identificamos dois pontos de tensão: um primeiro geral inerente ao objeto dos contratos e um outro decorrente da estrutura própria da franquia.

Na franquia, embora haja um vínculo profundo entre franqueador e franqueado,

não há vínculo societário como observaríamos numa fusão ou incorporação de empresas ou como consequência do crescimento da mesma empresa pela abertura de subsidiárias. Então, conforme Calixto Salomão Filho (2002, p. 107) salienta, “trata-se, portanto, sob o aspecto funcional, de uma forma intermediária entre a concentração vertical e a realização de meros contratos de distribuição ou representação”.

Nessa perspectiva, o autor considera a restrição vertical na franquia lícita, porque possibilita o acesso do produto ao mercado sem concentração vertical (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 312). Isso porque a restrição ainda preserva uma relativa autonomia dos sujeitos envolvidos. Por isso, a análise concreta servirá para delimitarmos o quanto de poder tem a empresa que se beneficia da restrição e qualificar-lhe de ilícita, porque abusiva, ou não.

Na jurisprudência europeia sobre o tema, em decisão proferida em 1986, no Caso 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis (2006), o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias definiu que: 1 – O contrato de franquia pode ferir a liberdade de concorrência; 2 – É necessária a análise concreta; 3 – Certas restrições são toleradas, para evitar benefícios a terceiros (fora da rede), preservando as vantagens do negócio.

Observamos que há justamente uma tendência à tolerância de certas restrições verticais em função da busca de efeitos positivos, como a melhora da qualidade dos serviços. Por exemplo, quando duas lojas vendem o mesmo produto ao mesmo preço, aquela que se mostrar mais apta a prestar um bom serviço na venda e no pós-venda terá mais chances de cativar o consumidor.

Por outro lado, no que se refere à própria estrutura dos contratos e à presença de restrições à liberdade de concorrências, no âmbito europeu, o Regulamento (CEE) nº 4.087/1988 da Comissão (2006) diz:

“Os acordos de franquia consistem essencialmente em licenças de di-

reitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas ou insígnias e saber-fazer, que podem ser acompanhados de restrições respeitantes ao fornecimento ou à compra de produtos.”

Calixto Salomão Filho (2002, p. 109) destaca a utilidade das restrições nessa modalidade negocial:

“A forma de coordenar os franqueados, evitando efeitos que podem comprometer a viabilidade econômica da franquia, é feita usualmente através da redução da possibilidade de concorrência entre os integrantes da rede de distribuição através da imposição de restrições verticais, tais como a fixação do preço de revenda e a divisão territorial da área de atuação dos franqueados.”

Diante do conflito entre a estrutura do contrato e o princípio da liberdade de concorrência, lembramos da primeira decisão da Suprema Corte Norte-Americana envolvendo a análise de restrições verticais de território e sobre os preços contidos em um contrato de franquia em face da legislação antitruste daquele país. Trata-se do caso *United States v. Arnold, Schwinn & CO.* Embora, diante do conflito, a Corte tenha decidido pela ilicitude da conduta, houve uma divergência entre os Juízes, fazendo com que mereçam destaque as considerações dos Juízes Stewart e Harlan ao divergirem, em conjunto, da decisão majoritária, pois concluíram pela eficiência da prática analisada:

“[...] Schwinn desenvolveu uma política de franquias que pode assegurar qualidade e eficiência ao seu sistema de distribuição. [...] [A]s razões para a política de franquias adotada por Schwinn não estão apenas nos fatos desse registro específico, mas em numerosas questões de política econômica e social. Esta Corte reconheceu o interesse do Congresso no desaparecimento do pequeno comerciante

independente, devido à concorrência com gigantes verticalmente integrados. Ver *Brown Shoe Co. v. United States*. Em muitos casos, essa tendência reflete a inexorável realidade econômica do mercado moderno. Mas a franquia dá esperança ao comerciante independente de, efetivamente, se tornar um concorrente eficiente de empresas muito concentradas.” (388 U.S. 365, 1967, p. 383 e 386).

Ao observarmos a Lei Brasileira de Franquias, constatamos a possibilidade de o contrato estruturar-se sobre restrições como, por exemplo, pela exclusividade territorial, pela obrigatoriedade da compra de insumos de fornecedor especificado pelo franqueador ou pela cláusula de não-concorrência após o término do prazo do contrato (art. 3º, X, XI e XIV da Lei 9.855/94) (BRASIL, 2007).

O exemplo tem uma importância especial, pois deixa clara a possibilidade de o contrato de franquia limitar a liberdade de concorrência. Embora o franqueado pague pelo uso de um direito de propriedade industrial ou pelo acesso a um segredo, após o término do contrato, ele pode ser proibido de concorrer com a rede de franquia que integrou. Também é útil destacar que, num sentido amplo, não só na franquia, existe um conflito próprio da dinâmica dos direitos de propriedade industrial em face do direito da concorrência. A exclusividade que é da essência da disciplina da propriedade industrial constitui uma barreira à entrada, enquanto a liberdade de concorrência é um princípio que vai contra a ideia de alguém deter um monopólio. Além de criar verdadeiros monopólios, que são até mesmo estimulados pelo próprio sistema jurídico, a exclusividade cria também um cenário bastante favorável à incidência das restrições verticais, como as restrições territoriais, acordos de exclusividade, cláusula de não contestação, fixação de preço, venda casada, preços predatórios, recusa de contratar e práticas concertadas.

Mesmo diante da presença de restrições, a franquia se mostra uma boa estratégia para o franqueador criar uma rede uniforme sem fazer investimento direto, enquanto o franqueado tem acesso a um negócio já testado e pode explorar uma marca já conhecida.

Nessa perspectiva, Calixto Salomão Filho (2002, p. 110) destaca que “[...] apesar de a criação de redes eficientes de franquias envolver restrições à concorrência entre seus membros, o efeito para o consumidor será benéfico na medida em que permite intensificar a concorrência entre redes distintas [...]”.

A fim de ressaltar os benefícios, mencionamos o seguinte trecho do Regulamento da Comissão das Comunidades Europeias nº 4.087/88 (2006):

“(7) Os acordos de franquia, tal como definidos no presente regulamento, melhoram normalmente a distribuição de produtos e/ou a prestação de serviços visto darem aos franqueadores a possibilidade de estabelecerem uma rede uniforme com investimentos limitados, facto que pode fomentar a entrada de novos concorrentes no mercado, especialmente no caso de pequenas e médias empresas, aumentando, deste modo, a concorrência entre marcas; os referidos acordos permitem também a comerciantes independentes estabelecerem pontos de venda mais rapidamente e com maiores probabilidades de êxito do que se tivessem de fazê-lo sem a experiência e a assistência do franqueador; os comerciantes independentes têm, portanto, a possibilidade de competir mais eficazmente com grandes empresas de distribuição.” (consideranda).

A confirmação dos benefícios dependerá da existência de concorrência intermarcas.

Como toda questão em direito da concorrência, a franquia nos oferece desafios complexos. Um novo exemplo dessa com-

plexidade pode ser visto na decisão da Comissão das Comunidades Europeias no Caso 98/663/CE, *Blokker/Toys “R” US* (2006), que trata da análise de um contrato de franquia e que é interessante por ir ao cerne do negócio numa abordagem substancial. No caso, a Comissão identificou a transferência indireta do controle do franqueador ao franqueado, ou seja, viu no contrato de franquia um instrumento para um ato de concentração. Devido à posição dominante da empresa, o órgão determinou a desconcentração.

Como Eduardo Goulart Pimenta (2005, p. 145, 148 e 149) demonstra, o controle econômico se manifesta num contexto de dependência econômica, subvertendo a ideia de autonomia do sujeito controlado e não necessita de se formalizar pela detenção de capital social da empresa controlada.

Fizemos essas remissões para destacar a necessidade de nos desvincularmos dos dogmas ao lidarmos com o direito da concorrência. Embora a franquia não crie vínculo societário entre as partes e, portanto, não seja formalmente um ato de concentração econômica, para que haja a concentração basta a transmissão indireta do controle, conforme o próprio artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 dispõe (BRASIL, 2006).

Essa complexidade, que nos leva a uma necessária análise concreta da realidade, é bem visível diante das condutas ofensivas à liberdade de concorrência que estão previstas nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 2006).

4 – Provocações suscitadas pelas práticas europeia e brasileira

Na aplicação do direito da concorrência, as antinomias e também a falta de maturidade desse capítulo do nosso sistema jurídico nos colocam diante de problemas complexos.

Em alguns momentos, o sistema jurídico pode ser interpretado de modo a supormos

que o ilícito à concorrência seria um ilícito em si. Uma postura que concebe toda concentração como ilícita ou todo comportamento de fixação dos preços praticados num mercado alvo também como ilícito.

No entanto, talvez a única regra geral que possamos extrair de todo o direito da concorrência é a de que a licitude ou a ilicitude são padrões relativos. A realidade de cada momento nos fornece parâmetros para, no direito da concorrência, sermos mais ou menos tolerantes a determinados comportamentos.

O pensamento de Steven Anderman (2001, p. 9 e 14) reforça essa nossa observação em relação à inexistência de uma regra geral, pois o autor destaca a tendência ao estabelecimento de uma disciplina concorrencial dos DPI (Direitos de Propriedade Industrial) construída caso a caso e aponta a necessidade de olhar o mercado. Outro autor que reforça a ideia é Richard Whish (2001, p. 547-548), quando defende a regra da razão, a necessidade de análise concreta e propõe a adoção de uma abordagem flexível e fundada em critérios econômicos.

Então, para melhor compreendermos a linha divisória entre exercício de direito e abuso, um instrumento importante é a análise de decisões dos órgãos encarregados da defesa da concorrência e também de decisões judiciais, inclusive pelo Direito Comparado, pois, em matéria de proteção da concorrência, essa técnica de estudo pode acrescentar muito à consolidação da doutrina brasileira do direito da concorrência.

É fato que o mercado brasileiro só se abriu para a concorrência, ou para uma concorrência mais viva, a partir da última década do século XX, enquanto as realidades Norte-Americana e Europeia nos oferecem à observação experiências mais sólidas neste capítulo do direito. A construção do direito antitruste dos EUA vem desde fins do século XIX; por outro lado, no direito inglês, por exemplo, para a análise de algumas questões concorrenciais são feitas

remissões a precedentes que remontam a 1415, como o *Dier's Case*.

No estudo das restrições verticais, a referência ao direito europeu é importante devido às recentes mudanças pelas quais o ordenamento comunitário passou neste capítulo a partir de 1999, como mais uma etapa da sua atualização. Essas mudanças indicam uma tendência de se enfatizar a concorrência intermarcas (horizontal), em relação à concorrência intramarcas (vertical), e a se utilizar uma abordagem mais economicista e pragmática, que busca verificar os efeitos concretos de certas restrições em vez de rotulá-las previamente de ilícitas. Com isso, o direito europeu começou a vencer o limite apontado pela crítica de Calixto Salomão Filho (2003, p. 308), quando afirmou que “[...] o grande problema da teoria neoclássica é desconsiderar o valor em si da existência de concorrência em cada um dos níveis: intramarca e intermarcas”.

Contudo, diante do estudo comparado, é importante lembrar que o grau de desenvolvimento da economia brasileira impõe uma análise das regras de proteção da concorrência diferente da análise feita em outras regiões desenvolvidas. Como João Bosco Leopoldino da Fonseca (2001, p. 8) salienta:

“[...] Se a concentração pode apresentar até mesmo perigos numa sociedade econômica e socialmente desenvolvida, o mesmo não se poderá dizer no âmbito de uma sociedade em desenvolvimento, quando a concentração de empresas poderá surgir como uma conveniência, quando não como uma necessidade. Os métodos legais para a proteção da concorrência variarão segundo se apliquem numa sociedade desenvolvida ou em desenvolvimento, pois que nestas há um forte interesse em favorecer a concentração. [...]”.

Nossa análise comparativa nos permite ainda fazer algumas observações sobre os seguintes temas: restrições territoriais, prá-

ticas discriminatórias, recusa de contratar, concorrência e vínculo contratual e sobre abuso de posição dominante.

4.1 – Restrições territoriais

Uma primeira decisão a ser mencionada é a *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, Casos 56 e 58/64 (2002), na qual o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, em julho de 1966, analisou os efeitos concorrenciais de um contrato de distribuição com cláusula de exclusividade territorial, pelo qual, apenas *Consten* detinha os direitos de importar produtos *Gunding*, em França, e era proibida de exportá-los.

O Tribunal estabeleceu um importante pressuposto quanto ao exercício de direitos de propriedade intelectual e a proteção da concorrência, ao demonstrar que aqueles direitos têm seus usos limitados pelas normas de proteção da concorrência.

Quanto aos limites para a subsunção de acordos restritivos às normas comunitárias de proteção da concorrência, o Tribunal disse que o artigo 85 (novo artigo 81) do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia não faz distinção entre concorrência intermarcas e concorrência intramarcas, para limitar a aplicação de suas normas a apenas uma dessas modalidades de concorrência. Ou seja, as normas comunitárias de proteção da concorrência aplicam-se tanto em relação a restrições verticais, quanto a restrições horizontais.

Outro princípio importante que se extrai dessa primeira decisão é o de que as restrições territoriais, como a em discussão, podem causar o efeito de frustrar o objetivo comunitário de eliminar barreiras comerciais ao livre comércio entre os Estados.

Para prosseguir na análise das restrições territoriais à liberdade de concorrência em acordos semelhantes, verificamos que, em 1974, ao julgar o caso *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*, nº 15/74 (2002), o Tribunal decidiu que o

detentor de uma patente, em um Estado membro, não pode impedir a entrada e comercialização, no território desse Estado, de um produto estrangeiro, feito com base numa patente paralela concedida em outro País. No mesmo ano, o Tribunal decidiu outro caso conexo a esse – *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Winthrop BV*, Caso 16/74 (2002) – e concluiu que a cláusula proibitória de exportações, inserida em contrato de distribuição, constitui uma restrição territorial ilegal.

Por outro lado, em *Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV*, Caso 104/75 (2002), decidido em 1976, o Tribunal considerou que as normas nacionais que autorizam apenas determinada empresa a importar produto específico, por constituírem medidas equivalentes a restrições quantitativas ao livre comércio entre os Estados membros, são proibidas pelo Tratado, em seu artigo 28 (antigo artigo 30).

Em 1982, ao julgar o caso *L. C. Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*, nº 258/78 (2002), a Corte decidiu que um acordo de distribuição exclusiva, incluindo licença para exploração de direito de propriedade intelectual, com relação a certo território delimitado, constitui uma restrição equivalente a uma restrição territorial absoluta, vista como obstáculo às importações paralelas, tal como uma barreira à entrada.

Outra decisão do Tribunal de Justiça, na qual é analisada uma restrição territorial em contrato de distribuição, e que merece remissão, é a do caso *BASF Lacke + Farben AG v Commission of the European Communities*, T-175/95 (2001), pois a Corte concluiu que, ao buscar a intenção de determinada conduta, a análise deve ser centrada em elementos objetivos, ou seja, saber se a conduta produz, objetivamente, o efeito de restringir a competição.

Em *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Caso 161/84 (2006), além de ressaltar a necessidade de análise concreta, a Corte admitiu

restrições inerentes à uniformidade do negócio, mas considerou ilícita a restrição territorial.

4.2 – Práticas discriminatórias

Em 1974 o Tribunal de Justiça decidiu o Caso 155/73 (2002), *Giuseppe Sacchi*, que dizia respeito à transmissão de sinais de televisão. A Corte demonstrou que a exclusividade do direito não é incompatível com o livre mercado, mas que a discriminação pode configurar abuso.

Em *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90 (2006), a Corte fixou o entendimento de que um sujeito em posição dominante, no caso, detentor do monopólio de um serviço, comete abuso ao adotar práticas discriminatórias.

No Brasil, em decisão envolvendo a Microsoft e suas distribuidoras, no Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49 (BRASIL, 2006), o CADE analisou a existência de restrição territorial que levou à exclusividade no fornecimento para a Administração Pública Federal, que se verificou num contexto de ausência de efetiva concorrência intermarcas. Desse modo, os fatos configuraram restrição vertical discriminatória ilícita e abuso de posição dominante em ofensa à concorrência intramarca.

4.3 – Recusa de contratar

Em 1988, o Tribunal de Justiça Europeu, ao decidir o caso entre *AB Volvo v. Erik Veng (UK) LTD.*, nº 238/87 (2001), concluiu que a recusa em ceder, em si, não é abusiva, mas outras práticas poderiam configurar a ilicitude, sobretudo se praticadas por empresa em posição dominante.

Além disso, com *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*, Casos 6 e 7/73 (2007), verificamos que, se uma empresa em posição dominante num mercado de origem recusa o fornecimento de produtos ou serviços a um concorrente em um mercado alvo a

ponto de eliminar toda a competição neste mercado, a recusa será ilícita. Esse caso é apontado por Richard Whish (2001, p. 612) como o fundamento para a jurisprudência europeia da recusa de contratar e das *essential facilities*.

4.4 – Relação contratual e concorrência

No *common law*, como Valentine Korah (1968, p. 189) destaca e exemplifica com um precedente de 1915 (*Dunlop v. Selfridge*), um contrato vincula apenas as partes que o integram. Portanto, terceiros não se obrigam por uma cláusula de fixação do preço de revenda que lhe seja imposta em derivação de um contrato de que não tomaram parte.

Além dessa perspectiva relativa aos limites subjetivos da eficácia do vínculo contratual, observamos um outro problema que é o da extensão objetiva do poder criador da vontade, quando um contrato, especialmente um contrato autorizado pela lei, entra em conflito com as disposições legais do direito da concorrência.

Esse conflito nos leva a perguntar: até que ponto a lei ou o contrato podem excluir a ilicitude de uma restrição à liberdade de concorrência?

É útil a remissão ao conflito que existe aqui no Brasil entre a disciplina jurídica da distribuição de veículos automotores e a disciplina de proteção da concorrência. O direito da concorrência brasileiro classifica como ilícitas uma série de restrições verticais à concorrência, como a *fixação do preço de revenda* e como a *venda casada*, enquanto que a Lei 6.729, de 28 de novembro de 1979 (2007), conhecida como *Lei Ferrari*, que disciplina a relação de distribuição de veículos automotores no Brasil, estabelece que a relação de distribuição deverá implicar a obrigatoriedade de venda pelo concessionário ao preço estipulado pelo concedente e também a previsão de quota de produtos a serem comercializados. Ou seja, a lei que disciplina o mercado de distribuição de veículos automotores, anterior à lei de

proteção da concorrência, estabelece uma relação que tem a potencialidade de ferir a liberdade de concorrência, pois admite comportamentos restritivos considerados infrações à liberdade de concorrência.

Em relação ao conflito, na década passada, o CADE analisou questão envolvendo a ABRADIF – Associação Brasileira de Distribuidores Ford – e a Ford Brasil Ltda., processo administrativo nº 08000.019862/96-89 (BRASIL, 2003); naquela ocasião, concluiu-se pela possibilidade, em tese, de a relação de distribuição de veículos automotores ferir a concorrência.

Por outro lado, o que chama a atenção nesse processo administrativo é que, em sua fase preliminar de instrução, decidiu-se pelo arquivamento, sob o argumento de que as condutas apontadas como ilícitas não passavam de questões meramente contratuais. Com isso, pretendemos enfatizar que as especificidades do direito da concorrência, quando não compreendidas pelos seus aplicadores, poderão acarretar equívocos e dificultar a implementação de uma política de concorrência voltada ao desenvolvimento.

Em Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, Caso T-208/01 (2007), observamos que o Tribunal europeu declarou que a assinatura de um contrato de distribuição não implica a presunção da aceitação tácita de futuras disposições ilegais decorrentes da relação inaugural.

Vemos ainda que, ao analisar um contrato de distribuição com exclusividade em outro mercado, o CADE, no processo administrativo nº 08000.000146/96-55, Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. v. Companhia Cervearia Brahma (2003), apreciou o questionamento de distribuidor em relação à diminuição dos seus lucros via conduta do fabricante que, unilateralmente, adotava a fixação de preços e outras disposições a respeito da comercialização exclusiva dos seus produtos. Contudo o CADE verificou que as condutas não alteravam a concorrência intermarcas,

pois não interferiam nos preços ao consumidor. Além disso, destacou os efeitos pró-competitivos das restrições verticais. Por isso, a autarquia identificou no caso apenas uma querela contratual cujos efeitos não transcendiam as esferas jurídicas das respectivas partes para, numa perspectiva macroeconômica, afetar o mercado e, daí, interessar à defesa da concorrência.

Por fim, observamos que, em voto no Processo Administrativo nº 89/92 (2003), cujas partes são KOERICH S/A Comércio de Automóveis, Amauri Peças e Veículos Ltda. e Volkswagen do Brasil Ltda./Autolatina, os Conselheiros do CADE identificaram a obscuridade que dificulta a condução de uma política concorrencial para o setor. Por isso, recomendaram a análise da estrutura do mercado de distribuição de veículos automotores brasileiro. Além disso, apontaram o efeito positivo do tabelamento.

Embora nessa decisão o Conselheiro Mércio Felsky, diante da disciplina legal brasileira da distribuição de automóveis, fixada pela denominada *Lei Ferrari*, demonstre ser de opinião que “não é justo, pois, que alguém seja investigado por estar cumprindo a lei”. (BRASIL, 2003), compreendemos que a própria noção de abuso torna frágil essa afirmação, pois o abuso é justamente o desvio no exercício regular de uma prerrogativa atribuída a alguém. Daí, a necessidade da investigação, para determinar se há ou não, em concreto, ilícito.

4.5 – Abuso de posição dominante

Julgado em 1979 na Europa, o Caso 85/76 (2002), *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, levou à análise da abusividade de acordos de exclusividade. Para declarar a existência de abuso, o Tribunal se valeu da definição do mercado relevante e afirmou que o abuso é um conceito objetivo, sendo que, entre os elementos necessários para a sua configuração, o ponto de partida é a detenção de grande fatia do mercado.

Em *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH.*, Caso 102/77 (2002), proferida em 1978, o Tribunal confirmou a regra de que é proibido o abuso de direito pelo titular de uma marca que se encontre em posição dominante.

Por fim, observamos que, em 1983, a Corte apreciou a existência de abuso de posição dominante em acordos de distribuição com sistema de descontos seletivos e concessão de bônus, ao julgar o Caso 322/81 (2002), *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*. Ressaltamos dois aspectos da decisão: o primeiro é que o Tribunal confirma a necessidade de avaliar o mercado relevante, para definir a existência de posição dominante; o outro, é que a empresa em posição dominante tem a responsabilidade de preservar a concorrência.

5 – Conclusões

A liberdade de concorrência assume dois significados complementares: de um lado, vemos nela a prerrogativa de competir; do outro, ela nos leva à defesa da concorrência. Naquele primeiro significado está a tônica do direito durante o período liberal, enquanto que no período atual o princípio da liberdade de concorrência impõe ao Estado uma atuação na defesa da concorrência.

Se olharmos o mercado sob o prisma das concepções liberais ou neoliberais, identificaremos a concorrência como uma força propulsora de sua regulação e que contribui para o bem-estar individual e coletivo.

Conscientes de que qualquer modelo teórico é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente à realidade, concordamos com a visão de que, num ambiente concorrencial, quando há homogeneidade, a competição impulsiona os indivíduos a buscarem ser os melhores, o que contribuiria para a prosperidade coletiva.

No esforço de defesa da concorrência, os dias de hoje nos revelam paradoxos como o

de que, enquanto a liberdade de concorrência é contrária ao monopólio, há mercados cujas estruturas encontram-se altamente concentradas; além disso, o fortalecimento de certos grupos é essencial para a política comercial de alguns Estados no mercado internacional.

Com isso, vem a observação de que, a despeito das regras, consumidores, trabalhadores e pequenas empresas se veem, em muitos momentos, à mercê do poder econômico.

Acreditamos que o paradoxo apontado e a conseqüente frustração são efeitos inerentes às crenças que movem o ser humano até então. Enquanto não se modificar nossa hierarquia de valores, a sensação de angústia será a constatação de que o trabalho está por fazer. Um trabalho diário de todo o aparato institucional de defesa da concorrência. Pois, embora a ideia de mercado, em sua essência, revele-nos a historicidade da instituição e sua abertura à transformação, identificamos a realidade de cada espaço e tempo como o limite para toda tentativa de mudança e, em especial, para uma política de concorrência.

As restrições verticais nos levam a outros paradoxos desse capítulo complexo que é o direito da concorrência. Em muitos momentos, a fonte de uma restrição vertical é um ato lícito e, em alguns, decorre da lei. Além disso, embora a restrição vertical limite a liberdade de concorrência, poderá ser eficiente, porque poderá aumentar a concorrência intermarcas ou a qualidade do serviço prestado aos consumidores, ou por ser um mal menor em relação à concentração vertical.

Um bom exemplo de instituto caracterizado pela prática de restrições verticais e que se revela eficiente é o contrato de franquia.

Diante disso tudo, o estudo comparado nos permitiu verificar no direito europeu uma tendência a tolerar mais as restrições verticais à concorrência intramarcas, quando houver concorrência intermarcas,

e a tendência a utilizar uma abordagem mais economicista e pragmática, que busca verificar os efeitos concretos de certas restrições.

A essas tendências do ordenamento europeu, acrescentamos as seguintes observações relativas à disciplina concorrencial das restrições verticais:

- é necessária uma análise concreta e profunda de cada caso;

- o mercado relevante deve ser delimitado a partir de um enfoque restritivo;

- a ilicitude de uma conduta no mercado resulta da sua capacidade de, objetivamente, restringir a concorrência;

- é necessário dimensionar o poder de mercado dos sujeitos envolvidos;

- a inexistência de concorrência intermarcas faz mais graves as restrições verticais;

- a defesa da concorrência se ocupa dos efeitos macroeconômicos dos comportamentos no mercado.

Tudo isso nos permite afirmar que a defesa da concorrência é um trabalho de construção, pois não existe uma linha divisória nítida entre uso e abuso, entre lícito e ilícito. Existe sim uma tensão. Uma tensão que se resolve caso a caso numa síntese particular.

Referências

ANDERMAN, Steven D. *EC Competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*. New York, USA: Oxford University Press Inc., 2001.

BRASIL. Lei 6.729, de 28 nov. 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6729.htm>. Acesso em: 28 jul. 2007.

_____. Lei 8.884, de 11 jun. 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 09 nov. 2006.

_____. Lei 8.955, de 15 dez. 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em: 23 jul. 2007.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884/94. Publicada no DOU de 28 jun. 1999.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Recurso de Ofício no Processo Administrativo nº 89/92. Distribuição de automóveis. Representante: José Galvani Alberton. Representadas: KOERICH/S/A Comércio de Automóveis, Amauri Peças e Veículos Ltda. e Volkswagen do Brasil Ltda./Autolatina. Voto de Vista. Conselheiro Mércio Felsky, Brasília, 29 set. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2003.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08000.019862/96-89. Distribuição de automóveis. Representante: ABRADIF. Representada: Ford Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, Brasília, 02 set. 1997. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 05 mar. 2003.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08000.000146/96-55. Distribuição de bebidas. Representante: Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. Representada: Companhia Cervearia Brahma. Relator: Conselheiro Ruy Santacruz, Brasília, 09 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 5 mar. 2003.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49. Acordo de exclusividade. Representante: SDE "ex officio". Representadas: TBA Informática Ltda e Microsoft Informática Ltda. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Brasília, 25 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2006.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Relatório de Avaliação da Comissão Respeitante ao Regulamento de Isenção por Categoria nº 240/96*, Relativo à Transferência de Tecnologia, Acordos de Transferência de Tecnologia Abrangidos pelo artigo 81o. Bruxelas. Disponível em: <http://comm/competition/antitrust/technology_transfer/>. Acesso em: 15 fev. 2002.

_____. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras de concorrência às restrições verticais*: Seguimento do Livro Verde sobre as restrições verticais. Bruxelas. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/>>

competition/antitrust/com1998544_pt.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2007.

_____. *Regulamento (CE) nº 240/96 da Comissão*, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/lif/dat/1996/pt_396R0240.html>. Acesso em: 06 nov. 2001.

_____. *Regulamento (CE) nº 2790/1999 da Comissão*, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/1999/L_336/L_33619991229pt00210025.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2002.

_____. *Regulamento (CE) nº 772/2004 da Comissão*, de 27 de Abril de 2004, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/>>. Acesso em: 30 ago. 2004.

_____. *Regulamento (CE) nº 4087/1988 da Comissão*, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85 do Tratado a certas categorias de acordos franquia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988R4087:PT:HTML>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

_____. *Blokker/Toys "R" US*. 31998D0663. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998d0663:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2006.

COMUNIDADE EUROPÉIA. *Tratado que institui a Comunidade Européia*. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/ec_cons_treaty_pt.Pdf>. Acesso em: 23 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*. 61984J0161. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0161:EN:HTML>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Volkswagen AG v. Commission of the European Communities*. 61998A0062. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998A0062:EN:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Volkswagen AG v. Commission of the European Communities*. 62001A0208. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001A0208:PT:HTML>>. Acesso em: 28 jul. 2007.

_____. Tribunal de Justiça. *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA*. 61990J0179. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0179:EN:HTML>>. Acesso em: 22 nov. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*. 61973O0006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973O0006:EN:HTML>>. Acesso em: 16 jan. 2007.

_____. Tribunal de Justiça. *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*. 61964J0056. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61964J0056&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*. 61974J0015. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0015&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Winthrop BV*. 61974J0016. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0016&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *Adriaan de Peijper, Managing Director of Centrafarm BV*. 61975J0104. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61975J0104&model=guichett>. Acesso em: 08 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *L. C. Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*. 61978J0258. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61978J0258&model=guichett>. Acesso em: 11 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *BASF Lacke + Farben AG v Commission of the European Communities*. 61995A0175. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61995A0175>. Acesso em: 02 dez. 2001.

_____. Tribunal de Justiça. *Giuseppe Sacchi*. 61973J0155. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61973J0155&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. *AB Volvo v. Erik Veng (UK) LTD.*. 61987J0238. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61987J0238&model=guichett>. Acesso em: 22 nov. 2006.

europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61987J0238&lg=PT>. Acesso em: 02 dez. 2001.

_____. Tribunal de Justiça. Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. 61976J0085. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61976J0085&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH. 61977J0102. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61977J0102&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

_____. Tribunal de Justiça. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. 61981J0322. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61981J0322&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002.

CORRÊA, Daniel Rocha. *Contratos de transferência de tecnologia: fundamentos para o controle de práticas abusivas e cláusulas restritivas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. Arnold, Schwinn & CO. 388 U.S. 365, 1967. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=388&page=365>>. Acesso em: 24 jun. 2001.

FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996.

_____. *Pour un droit économique*. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 2004. (les voies du droit).

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; BONFILS, Sébastien. *Les grandes questions du droit économique: introduction et documents*. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 2005.

GODBOUT, Jacques T.. *O espírito da dádiva*. Colaboração de Alain Caillé. Tradução de Patrice Charles

F. X. Wuillaume. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

KORAH, Valentine. *Monopolies and restrictive practices*. London, UK: Penguin Books, 1968.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Lei Antitruste*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito Econômico*. 5 ed. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra, PT: Almeida, 2003.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: _____. *Sociologia e antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

PERROUX, François. *A economia do século 20*. Tradução de José Lebre de Freitas. Portugal, Lisboa: Herder, 1967.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Joint ventures: contratos de parceria empresarial no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

SALIN, Pascal. *La concurrence*. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 1995. (Que sais-je?).

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal*. 5 ed. RJ, SP: Record, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

WHISH, Richard. *Competition law*. 4 ed. London, UK: Butherworths, 2001.