

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

AUDREI MARIA CÉLIA DE LIMA

**EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO  
SOB A ÓTICA DO DIREITO CONCORRENCIAL**

Campinas

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

AUDREI MARIA CÉLIA DE LIMA

**EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO  
SOB A ÓTICA DO DIREITO CONCORRENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito para aprovação  
no Curso de Pós-Graduação *lato sensu*  
Especialização em Direito Contratual na  
Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Professora Dra. Luciana  
Chiavoloni de Andrade Jardim.

Campinas

2014

Nome: Audrei Maria Célia de Lima

Título: Exclusividade Territorial no Contrato de Distribuição sob a ótica do Direito Concorrencial.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para aprovação no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* Especialização em Direito Contratual na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

## RESUMO

O objetivo deste trabalho foi abordar os efeitos no mercado econômico da exclusividade territorial acordada em um contrato de distribuição.

O fabricante de certo produto poderá definir, como melhor estratégia comercial, a celebração de contratos de distribuição com o estabelecimento de uma divisão territorial de revenda, atribuindo exclusividade aos seus distribuidores, conforme legalmente permitido pelo Código Civil brasileiro.

Ocorre que referida prática poderá ter efeitos negativos no mercado econômico, configurando uma restrição vertical do ponto de vista do direito concorrencial de maneira que caberá a interferência do órgão público responsável pela Concorrência brasileira, o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Desta forma, o contrato de distribuição, com o foco na cláusula de exclusividade territorial, será estudado no Capítulo 01. Em seguida, no Capítulo 02, será feita uma introdução ao Direito Concorrencial, com foco principal nos Acordos e Restrições Verticais. No Capítulo 03, será feita uma apresentação do problema, finalizando com a abordagem de casos brasileiros julgados pelo CADE com base nos conceitos e doutrinas tratados nos primeiros Capítulos deste trabalho.

Por fim, será concluído que deverão ser observados os efeitos da prática da exclusividade territorial no contrato de distribuição, uma vez que poderão ser prejudiciais à sociedade e ao mercado econômico, sob a ótica do Direito Constitucional - em razão dos princípios basilares da Ordem Econômica - e do Direito Concorrencial. Para tanto, os critérios definidos pelo CADE deverão ser analisados, tais como participação do distribuidor no mercado econômico do produto, objetivo da prática e as consequências no mercado, assim como para as partes contratantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato de Distribuição. Exclusividade Territorial. Divisão de Mercado. Acordo Vertical. Restrição Vertical.

## ABSTRACT

The objective of this study was to address the effects of the territorial exclusivity, agreed on a distribution contract, on the economic market.

The manufacturer of a given product may define, as a better business strategy, to enter into distribution agreements with the establishment of a territorial division of resale, giving exclusivity to distributors, as legally permitted by the Brazilian Civil Code.

However, this practice may have negative effects on the economic market, possibly resulting in a vertical constraint from the point of view of the Competition Law, which would require the interference of the responsible Brazilian public agency CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Economic Defense Administration Counsel).

Therefore, the distribution agreement, with the focus on territorial exclusivity clause, will be studied in Chapter 01. On Chapter 02, an introduction will be made to the Competition Law, with a primary focus on agreements and vertical restraints. On Chapter 03, the objective will be presented and addressed, ending with the approach of Brazilian cases, judged by CADE, based on the concepts and doctrines treated in the early chapters of this work.

Finally, it will be concluded that the effects of the practice of territorial exclusivity in the distribution agreement shall be observed, considering that they may be harmful to society and to the economic market, under Constitutional Law perspective – in reason of the fundamental principles of the Economic Order - and Competition Law. Hence, the criteria defined by CADE shall be analyzed, such as the distributor economic market participation, the objective of the practice, the consequences to the market, as well as to the contracting parties (manufacturer and distributor).

**KEYWORDS:** Distribution Agreement. Territorial exclusivity. Market Division. Vertical Agreement. Vertical constraint.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 01: CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO.....	9
1.1. INTRODUÇÃO: TEORIA GERAL DOS CONTRATOS.....	9
1.2. CONCEITO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO.....	12
1.3. DISTINÇÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO COM OS DEMAIS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL.....	16
1.4. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO A PARTIR DOS ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL.....	21
1.5. EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL.....	25
CAPÍTULO 02: CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO CONCORRENCIAL.....	31
2.1. LEI ANTITRUSTE.....	31
2.2. ACORDOS E RESTRIÇÕES VERTICAIS.....	38
2.3. PERSPECTIVAS DOS EUA E DA UNIÃO EUROPÉIA SOBRE DIVISÃO DE MERCADO.....	46
CAPÍTULO 3: A LINHA TÊNUE ENTRE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NA DISTRIBUIÇÃO E A DIVISÃO DE MERCADO COMO UMA RESTRIÇÃO VERTICAL.....	59
3.1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA.....	59
3.2. CASO DE RESTRIÇÃO VERTICAL NO BRASIL: MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA.....	60
3.3. CASO DE REPRESENTAÇÃO AO CADE REFERENTE À PRÁTICA DE CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE DE VENDA: PHILIP MORRIS BRASIL S.A x SOUZA CRUZ S.A.....	68
3.4. EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL SOB O ASPECTO DO DIREITO CIVIL	70
CONCLUSÃO.....	74
BIBLIOGRAFIA.....	76
JURISPRUDÊNCIA.....	78

## INTRODUÇÃO

Em busca de expansão territorial, divulgação da marca, aumento do lucro, dentre outros benefícios, as empresas buscam parcerias mediante a contratação de uma rede de distribuidores.

O fabricante, que tem o objetivo de consolidar uma parceria para expandir seus negócios, oferece vantagens especiais aos seus distribuidores, como por exemplo, descontos na compra do produto, participação em suas feiras de negócios, uso de marca consolidada no mercado, etc. Em contrapartida, o fabricante irá ampliar a rede de distribuição de seus produtos, a um custo reduzido, aumentando, portanto, a sua lucratividade e consolidação no mercado.

A depender do negócio, torna-se mais vantajoso para o fabricante e o distribuidor definirem uma cláusula de exclusividade territorial, o que garantirá ao distribuidor a exclusividade na revenda do produto em certa região.

Partindo do pressuposto de que há previsão legal para celebração de contrato de distribuição com cláusula de exclusividade, discussões jurídicas são geradas quanto aos efeitos dessa prática no mercado, especialmente sob ótica do Direito Constitucional, em razão dos princípios basilares da Ordem Econômica, e do Direito Concorrencial, lei especial que trata das normas brasileiras de defesa da concorrência.

No Capítulo 01, serão tratados o contrato de distribuição e suas principais características, em especial a exclusividade territorial, a qual é definida mediante a previsão de cláusula contratual de exclusividade. Para melhor conceituar o contrato em referência, será feito um comparativo entre este e os demais contratos de parceria empresarial, como contratos de concessão comercial e de agência. Ainda, jurisprudências serão utilizadas para embasar e complementar o estudo quanto às características do contrato de distribuição.

No Capítulo 02, a abordagem será a partir do estudo da Lei Antitruste brasileira, em especial os princípios constitucionais da Ordem Econômica, principais fundamentos para a legislação concorrencial brasileira.

Em seguida, os acordos verticais serão estudados com ênfase na *concorrência intramarcas*, tendo em vista que o contrato de distribuição com exclusividade territorial poderá configurar uma restrição vertical, considerada uma

infração à concorrência, a depender das características e dos efeitos no mercado da conduta do fabricante e do distribuidor.

Para melhor compreender a posição do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal responsável pelo julgamento de eventuais práticas prejudiciais ao mercado brasileiro, entre outras atribuições, previstas na Lei nº 12.529/2011, será feito um comparativo com as legislações antitruste dos Estados Unidos e da Comunidade Européia.

Após o estudo aprofundado das teorias que embasam o tema, serão destacados casos da jurisprudência para concluir sobre a relevância jurídica do tema, uma vez que é tênue a linha entre a aplicação dos princípios constitucionais da Ordem Econômica, em especial o da livre iniciativa, e a interpretação do CADE quanto à aplicação da legislação brasileira antitruste no que se refere aos acordos verticais.

A principal questão abordada será se é legalmente aceitável garantir a exclusividade territorial do distribuidor, uma vez que estabelecida contratualmente, devendo, portanto, serem garantidos e respeitados os princípios contratuais *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade e equilíbrio contratual, ainda que se configure uma limitação à livre concorrência de terceiros, que possa ser considerada uma infração à Ordem Econômica, sob o entendimento do CADE.

## CAPÍTULO 01: CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

### 1.1. INTRODUÇÃO: TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Para fins deste estudo é importante tratar, inicialmente, dos princípios da Teoria Geral dos Contratos, uma vez que são pilares para a celebração de um contrato.

O contrato é uma manifestação de vontade entre duas ou mais partes, regulando os interesses particulares de cada um, nos limites da Lei, sendo obrigatória a execução das obrigações assumidas, uma vez que o contrato é considerado lei entre as partes. Referido conceito é conhecido como princípio *pact sunt servanta* ou obrigatoriedade dos contratos, conforme define Arnaldo Rizzardo<sup>1</sup>.

O contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo vontade que a constituiu<sup>2</sup>.

Considera-se que as partes têm autonomia e liberdade em contratar. No entanto, necessário se faz garantir a obrigatoriedade em cumprir o que foi acordado, para serem também garantidos e respeitados: *a segurança, a ordem, a paz e a harmonia social*<sup>3</sup>.

O princípio da autonomia da vontade trata-se de um conceito, traduzido como a manifestação de vontade entre duas ou mais partes, as quais deverão negociar os interesses particulares de cada um, nos limites da lei, permitindo-se criar direitos e deveres quando da constituição do negócio jurídico.

Pressupõe-se que o adimplemento contratual será pautado na boa-fé objetiva das partes contratantes, uma vez que não basta a satisfação da obrigação principal assumida, devendo ser atendidas a finalidade do negócio jurídico e a expectativa das partes.

---

<sup>1</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Atualizado de acordo com o Novo Código Civil.** 6ª edição. Editora Florense. Rio de Janeiro, 2006, p. 24.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos** – 3ºVolume. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 83.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit., p. 25.

Um dos princípios específicos do adimplemento é o princípio da correspondência, que se traduz na identidade entre a prestação idealizada e a prestação efetivamente realizada, pois o adimplemento, como afirmado acima, depende da exata satisfação da prestação devida. O artigo 313 do Código Civil expressa o princípio da correspondência, ao estabelecer que "o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa"<sup>4</sup>.

A boa-fé objetiva é o princípio pelo qual as partes devem se basear na formação, execução e conclusão do contrato. É traduzida na conduta das partes, que deverá ser executada com ética, lealdade e honestidade.

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais.

[...]

No Código Civil de 2002 (CC/02), o princípio da boa-fé está expressamente contemplado. O ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, presidente da Terceira Turma, explica que "a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade"<sup>5</sup>.

Destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento a seguir mencionado, no qual foi enfatizada a importância da aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao caso concreto:

Ao julgar um recurso especial no ano passado (REsp 1.192.678), a Terceira Turma decidiu que a assinatura irregular escaneada em uma nota promissória, aposta pelo próprio emitente, constitui "vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa". O emitente sustentava que, para a validade do título, a assinatura deveria ser de próprio punho, conforme o que determina a legislação.

Por maioria, a Turma, seguindo o voto do ministro Sanseverino, aplicou o entendimento segundo o qual "a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons

---

<sup>4</sup> LINS, Thiago Drummond de Paula. **A aplicação da teoria do adimplemento substancial pela jurisprudência brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2336, 23.11.2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13896>. Acesso em: 19.06.2014.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. Data: 17/03/2013. Site Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>. Acesso em: 19.06.2014.

costumes e a boa-fé”. É o chamado *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente).

No caso, o próprio devedor confessou ter lançado a assinatura viciada na nota promissória. Por isso, a Turma também invocou a fórmula *tu quoque*, de modo a impedir que o emitente tivesse êxito mesmo agindo contra a lei e invocando-a depois em seu benefício (aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento)<sup>6</sup>.

Além da boa-fé objetiva, a doutrina faz referência à boa-fé subjetiva, a qual é traduzida no estado de consciência da parte contratante no momento da celebração do contrato. Assim, diferencia-se da boa-fé objetiva por esta ser refletida na conduta das partes contratantes, podendo, portanto, ocorrer divergência entre elas.

Nos contratos privados, as partes valer-se-ão dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva para firmar o negócio jurídico e gerar um pacto com obrigatoriedade de adimplemento. No entanto, deverão respeitar os limites definidos pela lei, dentre eles o princípio da função social do contrato.

Para um melhor entendimento quanto a importância da função social do contrato, destaca-se trecho do livro de Arnaldo Rizzardo, citando comentário de Miguel Reale:

Aliás, quando da apresentação do anteprojeto, em 1975, escrevia Miguel Reale que um dos pontos fundamentais era “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se do preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de um estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica”<sup>7</sup>.

As circunstâncias que motivaram as partes a assumir as obrigações contratuais, refletindo nas motivações e objetivos para contratar, deverão ser mantidas na execução do contrato. A doutrina se refere a este conceito como base jurídica subjetiva.

Karl Larenz define a base do negócio jurídico subjetivo, in verbis:

---

<sup>6</sup> **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito.** Ob. Cit.

<sup>7</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Ob. Cit., p. 21.

Por base do negócio subjetiva juridicamente relevante, entendemos a comum representação dos contratantes, de que tenha partido ao concluir o contrato e que tenha influenciado na decisão de ambos. Esta representação pode referir-se a uma circunstância considerada como existente ou esperada no futuro. Porém, tem que se tratar de uma determinada representação ou esperança; não é suficiente a simples falta de expectativa de uma variação posterior das circunstâncias existentes na conclusão do contrato. A representação ou expectativa têm, ademais, que ter sido decisivas para ambas as partes no sentido de ambas – supondo procederem legalmente – não tivessem concluído o contrato, ou não o tivessem concluído tal como o fizeram, se tivessem conhecimento de sua inexatidão. Não é suficiente que a representação ou expectativa tenha determinado de modo decisivo tão-só a vontade de uma das partes, inclusive no caso de a outra parte haver tido conhecimento disto. Com efeito, cada parte sofre, em princípio, o risco de que se realizem suas próprias esperanças. (apud BARLETTA, 2002, p. 14)<sup>8</sup>.

As partes deverão resguardar os princípios da boa-fé e probidade na realização do negócio jurídico, conforme estabelece o artigo 422 do Código Civil de 2002<sup>9</sup>, para garantir que os fins sociais do contrato sejam respeitados, ainda que conflitantes com os interesses particulares das partes.

As partes no contrato de distribuição - fabricante e distribuidor - deverão, no momento prévio à celebração do contrato, durante a sua execução e na sua conclusão, respeitar os referidos princípios para que a execução do contrato e o atingimento de sua finalidade não se sobreponham à lei, aos direitos coletivos e à destinação social, valores esses superiores ao proveito individual das partes, especialmente com relação à cláusula de exclusividade territorial, tema principal deste trabalho, sob a ótica do direito concorrencial.

## 1.2. CONCEITO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

O contrato de distribuição é uma figura jurídica de grande importância na prática comercial, conhecido pela doutrina como um dos Contratos de Colaboração Empresarial Recíproca, o qual tem como principal objetivo conjugar esforços entre as

---

<sup>8</sup> PALHANO, Herson Aguiar. **Revisão Judicial dos Contratos**. Disponível em: <http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=137>. Acesso em: 05.06.2012.

<sup>9</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

partes contratantes para a realização de negócios dos produtos com autonomia e independência do distribuidor.

Ao invés do próprio fabricante efetuar a venda, entregam-se os produtos, mediante venda direta, a uma pessoa, que os revende ao consumidor em geral. Os fabricantes não teriam condições para a instalação de casas comerciais ou agências nas cidades de maior densidade populacional, com o objetivo de servirem de canal ou meio para os bens chegarem aos consumidores. Por isso é que se criou tal forma comercial, que se revela na instalação de agências ou loja especializadas para colocar o produto à disposição do interessado, oferecendo, também, certa garantia de manutenção.

[...]

Organiza-se uma rede de revendedores, de modo a atingir todos os pontos do território onde é consumido o bem. Ao mesmo tempo, em vista da necessidade de manutenção especial, procedida por pessoas capacitadas, as fábricas e revendedores implantam um sistema de atendimento gabaritado e especializado aos produtos<sup>10</sup>.

A distribuição tem previsão no Código Civil Brasileiro, no Capítulo XII do Título VI – Das Várias Espécies de Contrato. Trata-se de uma distribuição quando o produto a ser negociado estiver à disposição do agente, conforme definição na parte final do artigo 710 do C.C.

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, **caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.**

Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.

O CJF - Conselho da Justiça Federal publicou, em 2012, enunciados aprovados na I Jornada de Direito Comercial, dentre eles o nº 31 que define o contrato de distribuição, objeto deste estudo, como contrato de distribuição autêntico.

31. O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa

---

<sup>10</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 756 e 757.

diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco<sup>11</sup>.

Nota-se que a lei não é extensiva no que se refere a este contrato, possuindo poucos artigos que o disciplina. Ainda, sua definição legal não trata expressamente do requisito obrigatório desse contrato, característica essa que o diferencia dos demais contratos de colaboração.

O requisito essencial do contrato de distribuição é a transferência de propriedade do bem, sendo isto determinante para sua diferenciação de outras espécies de contratos empresariais, de maneira inversa, a distribuição disciplinada pelo Código Civil não prevê a transferência de propriedade do produto, logo, a definição de distribuição trazida pelo Código Civil não é apropriada, exatamente por não refletir a realidade social e empresarial dos contratos de distribuição<sup>12</sup>.

Por esta razão, há divergências na doutrina quanto à tipicidade do contrato de distribuição.

A doutrina preferiu classificar os contratos quanto à disciplina legal em contratos típicos e atípicos, sendo os últimos o objeto desse trabalho. A diferença entre eles está na tipicidade dos primeiros, ou seja, um contrato é típico quando suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa pela lei, apresentam traços inconfundíveis e são individualizados por denominação privativa. São contratos que adquirem tipicidade. Os contratos atípicos, por sua vez, são contratos que surgiram em razão da proliferação das modalidades de negócios na sociedade moderna, decorrente diretamente da autonomia da vontade privada, em razão da qual é conferida às partes ampla liberdade de regulamentação de suas avenças, não adquirindo, portanto, tipicidade, mas, sim, atipicidade<sup>13</sup>.

Há previsão legal quanto aos contratos de distribuição, o que os tornaria típicos. Ocorre que, além de não ser tratado expressamente de seu requisito essencial,

---

<sup>11</sup> \_\_\_\_\_. **Publicados os 57 enunciados da Jornada de Direito Comercial**. Data: 31.10.2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI166870,101048-Publicados+os+57+enunciados+da+Jornada+de+Direito+Comercial>. Acesso em 16.06.2014.

<sup>12</sup> DUTRA, Silvio. **Contrato de distribuição: questões práticas e polêmicas**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21448/contrato-de-distribuicao-questoes-praticas-e-polemicas>. Acesso em 21.06.2014.

<sup>13</sup> FILHO, Clóvis Rodrigues. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos Atípicos**. Data: 19.10.2007. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/701304>. Acesso em 21.06.2014.

trata-se de um contrato misto, uma vez que conjuga diversos contratos em um só, como compra e venda de mercadoria, fornecimento de estoques, prestação de serviços de assistência técnica, uso de marca, entre outros que venham a ser negociados entre as partes contratantes.

O contrato de distribuição deve ser metodologicamente abordado como *misto*. Para uma exata compreensão do alcance dessa afirmação, propomos que se resgate a clássica lição de Honório Monteiro: contrato misto implica “o concurso de pluralidade de prestações típicas de vários contratos, em contrato único”. Em outras passagens, leciona que os contratos mistos são “contratos que não coincidem exatamente com nenhum dos tipos contratuais disciplinados pela lei, mas cujo conteúdo, em rigor, perante a lei, não se poderia dizer novo. Não são contratos inominados, porque os seus elementos componentes não são estranhos à lei”<sup>14</sup>.

Os contratos mistos são considerados contratos atípicos pela doutrina<sup>15</sup>. Isso porque as partes irão celebrar um contrato único com suas peculiaridades, observando-se as normas gerais dos contratos, conforme artigo 425 do C.C<sup>16</sup>.

Portanto, considerando referidos pressupostos, define-se a natureza jurídica do contrato de distribuição como um contrato atípico, misto, bilateral, comutativo, oneroso e de prestações sucessivas<sup>17</sup>.

Aludido contrato é bilateral, tendo em vista que tanto o fabricante como o distribuidor terão direitos e obrigações, assim como é um contrato comutativo, uma vez que as partes tem suas vantagens e encargos. *Tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e o preço de revenda*<sup>18</sup>, o contrato de distribuição é oneroso e de prestações sucessivas, uma vez que tem caráter não eventual.

A jurisprudência, em resumo, define o contrato de distribuição como:

De uma forma geral, entendem os Tribunais que estamos diante de um *contrato atípico misto*, que deve ser analisado conforme sua “função econômica”. Desse modo, seus elementos constitutivos não

---

<sup>14</sup> FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008. p. 68.

<sup>15</sup> FILHO, Clóvis Rodrigues. Ob. Cit.

<sup>16</sup> Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

<sup>17</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 761.

<sup>18</sup> DUTRA, Silvio. Ob. Cit.

de ser *interpretados conjuntamente*, consoante sua *função econômica* (=causa), para fins de aquisição de *unidade*<sup>19</sup>.

A proposta de definição trazida por Paula Forgioni é:

... contrato bilateral, sinalgmático, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outros agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa<sup>20</sup>.

O fornecedor busca a parceria comercial do distribuidor para consolidar o mercado de seu produto em determinada região, onde não poderá empreender esforços para divulgação, venda e pós venda de seu produto.

### **1.3. DISTINÇÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO COM OS DEMAIS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL**

Importante distinguir a distribuição de outras figuras jurídicas com características semelhantes para melhor conceituá-la, destacando-se outros contratos de parceria para promoção do negócio, chamados de Colaboração Empresarial.

Nesse sentido, inicialmente, destaca-se a **concessão comercial**. Esta tem a mesma finalidade da distribuição (uma relação de compra e venda de produtos com a finalidade de revenda), mas com particularidades. Apesar das mesmas características, diferem especialmente com relação ao produto objeto da revenda, específico para veículos automotores.

Alguns doutrinadores, como Arnaldo Rizzardo, defendem que a distribuição é equivalente à concessão comercial, a qual, no entanto, trata exclusivamente da comercialização de automotores (Lei nº 6.729, de 28.11.1979)<sup>21</sup>.

Em contrário, Maria Helena Diniz distingue as duas figuras jurídicas, definindo a distribuição como uma concessão comercial *latu sensu*, uma vez que a

---

<sup>19</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 82.

<sup>20</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 116.

<sup>21</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 753.

concessão comercial, regida pela Lei Especial, é específica e unicamente aplicável à veículos automotores.

O contrato de distribuição surgiu com a denominação de concessão mercantil, sendo que sua tipicidade decorre da Lei n. 6.729/79, com as alterações da Lei n. 8.132/90, que veio a regular a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (art. 1º). A distribuição é uma espécie mais genérica de concessão mercantil. Seria a distribuição a concessão comercial *latu sensu*, diversa da concessão comercial *strictu sensu*<sup>22</sup>.

Outra diferença apontada pela doutrinadora é que, na distribuição *latu sensu*, é possível ser estabelecida uma rede de subdistribuição, o que não poderá ocorrer na concessão comercial, que possui como característica a relação comercial *intuitu personae*, considerando-se as condições pessoais do concessionário<sup>23</sup>.

Observa-se ainda, na concessão comercial, que há certa subordinação econômica do concessionário, pois há uma interferência maior do concedente nos seus negócios, uma vez que são envolvidos diretamente outros negócios entre eles, como uso de marca, assistência técnica, etc. Um exemplo claro é a concessionária de veículos automotores de via terrestre.

Para se apreender o significado do termo 'concessão', é de lembrar que sua origem e seu uso emanam do direito administrativo, onde é empregado para designar uma forma de exploração de serviços públicos. Em troca de uma renda ou de um certo número de obrigações estipuladas no instrumento de concessão, o Poder Público concede ao particular um monopólio de exploração de serviços ou de direitos, que só ele pode exercitar.

Assim também acontece com o monopólio de revenda de veículos, ou na concessão particular. O concedente, para fazer chegar até o público os seus produtos, ao invés de constituir ele mesmo uma série de sucursais, agências ou filiais, contrata a concessão com monopólio de revenda, ou estabelece uma rede de concessionários, submetendo as empresas revendedoras ou distribuidoras ao seu controle, com o escopo de constituir um aparelho comercial integrado aos seus interesses<sup>24</sup>.

Dessa forma, as duas figuras jurídicas são as mais próximas, tendo como diferença o objeto da concessão comercial, qual seja automotores.

---

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 455.

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 455.

<sup>24</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 755.

Arnaldo Rizzardo destaca jurisprudência com a sua linha de raciocínio, concordando, portanto, com a aplicação da lei especial da concessão comercial à distribuição.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul viu proximidade entre as duas espécies, aplicando a legislação da concessão comercial à distribuição: “Contrato de distribuição de bebidas rompido bruscamente pela concedente, sem que fosse oferecido à concessionária prazo razoável para reorganização de sua atividade comercial. Obrigação de que deu causa à rescisão de indenizar os efetivos prejuízos pela parte prejudicada”.

[...]

Por conseguinte, perfeitamente aplicável o entendimento acima para o enquadramento legal da distribuição. Se concessão comercial e distribuição se igualam, consistindo a diferença unicamente no tipo de produto que envolve cada figura, é coerente aplicar analogicamente à segunda os ditames da primeira, inclusive quanto aos parâmetros da indenização, como adiante se desenvolverá<sup>25</sup>.

Em contrário, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Lei Ferrari (Lei nº 6.729, de 28.11.1979) não foi aplicada a um caso de distribuição, ressaltando-se, na Ementa, em destaque a seguir, tratar-se de jurisprudência da Corte.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E EMPRESARIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. APLICAÇÃO DA LEI 6.729/79. (LEI FERRARI). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DO CÓDIGO COMERCIAL. ALTERAÇÃO DA SENTENÇA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA PARA SE MANIFESTAR. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Afasta-se a ofensa aos arts. 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil, pois a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente e de forma coerente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade.

**2. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, a Lei 6.729/79 (Lei Ferrari) não se aplica a hipóteses diversas da distribuição de veículos automotores.**

3. Nas excepcionais hipóteses em que se admite a atribuição de efeitos infringentes aos aclaratórios, é indispensável a oitiva do embargado, sob pena de malferimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

4. Recurso especial parcialmente provido<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit. p. 757 e 758.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 680.329 - RS (20040111487-9). Relator Ministro Raul Araújo. Brasília, 29 de Abril de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=34312633&sReg=200401114879&sData=20140429&sTipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=34312633&sReg=200401114879&sData=20140429&sTipo=5&formato=HTML). Acesso em 18.05.2014.

Interessante ainda destacar fundamentação do Ministro Relator, o qual destacou trechos de julgados da Corte, contrários à aplicação da lei específica aos demais casos de contrato de distribuição, que não tem por objeto os veículos automotores:

Transcrevo, também, trecho do voto da lavra da ilustre Ministra NANCY ANDRIGHI, no julgamento do REsp 789.708/RS, quando cita a doutrina de Waldírio Bulgarelli, verbis:

*"Com uma regulamentação amplamente especificada não tardaram certas tentativas de aplicação analógica de seus dispositivos (Lei nº 6.729/79) a outros tipos de concessão para produtos diversos de veículos e tratores, como os de distribuição de bebidas, remédios, etc., o que nos parece incabível. É que não há lacuna, como se pretendeu, pois que os demais tipos de concessão ou distribuição não regulamentados estão no amplo campo de liberdade contratual e terão de ser regidos pelo sistema da teoria geral dos contratos que se encontra tanto no Código Comercial como no Civil." (Waldírio Bulgarelli, Contratos Nominados - Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 476)".*

Também vale destacar o julgamento do REsp 681.100/PR, da relatoria do saudoso Min. MENEZES DIREITO, afastando a aplicação analógica da Lei 6.729/79 ao caso ali tratado, por entender prevalecer as disposições contratuais firmadas pelas partes. Transcrevo trecho do acórdão que bem retrata a matéria, verbis: *"Ora, no caso, como me parece claro, não se pode dizer que a cláusula que autoriza qualquer das partes interromper a continuação do negócio, mediante prévia notificação, possa incluir-se entre as chamadas cláusulas potestativas ou abusivas, considerando que às contratantes está assegurado não mais continuar o negócio. Se existe disposição contratual válida, não manchada por abuso de qualquer natureza, é impertinente buscar analogia para impor indenização pela interrupção do contrato. Antigo precedente da Terceira Turma, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, cuidando de contrato de distribuição relativo à informática, indicou a impossibilidade "de aplicação análoga de disposições contidas na Lei 6.729/79, a estabelecer uma regulamentação especialíssima para as relações pertinentes 'a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre'. Trata-se de diploma que estatui conjunto normativo particularmente distinto do direito comum, criando significativas restrições à autonomia da vontade, que não se há de estender a situações nele não previstas" (AgRgAg nº 43.329/SP, DJ de 16/5/94). Cumprido o que dispõe o contrato para a interrupção do negócio, não se há de aplicar a analogia. Assim, o exercício da faculdade prevista no contrato afasta o direito de indenização."*

Além da concessão comercial, em segundo lugar, deve-se distinguir a distribuição da **representação comercial autônoma ou agência**. A diferença entre essas duas figuras jurídicas é identificada no artigo 710 do C.C..

O distribuidor possui total independência financeira da empresa fabricante para comercializar e revender o produto, em um território determinado, por sua conta e risco, uma vez que não receberá retribuição ou comissão. Por outro lado, no contrato de agência, regulada pelos artigos 710 a 721 do Código Civil de 2002 e pela Lei nº 4.886/65, com as alterações da Lei nº 8.420/92, o agente assume a obrigação de promover um negócio ou serviço em um território determinado, mediante retribuição, sem vínculo de dependência com o proponente, sem subordinação hierárquica e em caráter não eventual.

O agente, conhecido como representante comercial, é responsável pela aproximação entre o fabricante e o consumidor final, agindo em nome daquele e seguindo suas orientações. Neste caso, o fabricante venderá diretamente ao consumidor.

De forma clara, Maria Helena Diniz faz a distinção entre a distribuição e a agência:

É uma espécie de contrato de agência, mas dele se distingue, visto que, na distribuição, o fabricante vende o produto ao distribuidor, para posterior revenda, e na agência o fabricante vende o produto diretamente ao consumidor, por meio da intermediação do agente. Além disso, o agente age em nome e por conta da empresa agenciada, e, na distribuição, o distribuidor age por conta própria, adquirindo o produto do fabricante para revendê-lo no mercado consumidor<sup>27</sup>.

O representante, ao contrário do distribuidor, não adquire o produto para revenda, mas faz a intermediação entre o fabricante e o cliente, colocando os pedidos de compras do cliente diretamente ao fabricante. Por essa razão, será devida uma comissão ao representante tendo em vista que este angariou novos pedidos de compras para o seu representado.

Em terceiro lugar, ressalta-se a figura jurídica **comissão mercantil**, a qual é mais próxima da representação comercial, em que o comissário terá a responsabilidade perante terceiros pela venda do produto pelo comitente nos termos

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 456.

do artigo. 693 do C.C. Assim, o pedido de compra também será feito pelo cliente perante o comitente e será devida uma comissão ao comissário. A característica principal deste contrato é que, caso as obrigações assumidas não sejam cumpridas pelo comitente, o comissário será o primeiro a responder pessoalmente perante o cliente.

O contrato de franquia e o mandato mercantil também são contratos de colaboração empresariais e de parceria comercial, mas com características bem evidentes de diferenciação do contrato de distribuição.

O primeiro trata de um sistema de franquia empresarial, com regras específicas, tratadas por lei especial n. 8.955, de 15 de Dezembro de 1994, com sua definição e clara diferenciação da distribuição no artigo 2º<sup>28</sup>.

Por fim, o mandato mercantil é regulado pelas regras dos artigos 653 e seguintes do C.C.<sup>29</sup>, ficando clara a sua distinção com o contrato de distribuição, tendo em vista que o distribuidor agirá em nome próprio e por sua conta e risco.

#### **1.4. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO A PARTIR DOS ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL**

A distribuição tem previsão no Capítulo XII do Título VI – Das Várias Espécies de Contrato do Código Civil. Os artigos 712, 716 a 791 não são aplicáveis à distribuição, específicos para a agência, e não serão tratados neste estudo.

Conforme tratado acima, a definição da distribuição tem previsão no artigo 710, no qual é feita a distinção dessa figura jurídica e a agência.

O artigo seguinte determina que a exclusividade será presumida, caso as partes contratantes não ajustem em contrário.

Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica

---

<sup>28</sup> Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

<sup>29</sup> Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

O contrato de distribuição é um dos meios utilizados pelas empresas para expandir seus negócios em mais territórios, onde talvez exista alguma limitação para sua atuação, como por exemplo, acesso ao local, investimento para construir estabelecimentos comerciais e mão-de-obra especializada, costumes locais, etc.

Mediante parcerias, como o contrato de distribuição, torna-se possível às empresas a expansão territorial dos seus negócios, com a conseqüente divulgação de sua marca, aumento das vendas e lucro, dentre muitos outros benefícios. A depender do negócio e dos investimentos necessários, será mais vantajoso para o fabricante e o distribuidor definirem uma cláusula de exclusividade, o que garantirá ao distribuidor exclusividade na revenda do produto em certo território.

É possível identificar que haverá mais segurança jurídica entre as partes se o contrato for por escrito, expressamente previstas as condições, visto que o Código determina que não haverá presunção de exclusividade, bem como de responsabilidade por despesas do distribuidor ou comissão por vendas diretas, conforme artigos seguintes.

Art. 713. Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor.

Importante que conste no contrato de distribuição que as despesas deverão ser suportadas pelo distribuidor. Apesar da possibilidade de ser ajustado de forma contrária, restará comprovada desta forma que há total independência do distribuidor para com o Fabricante.

Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

A comissão por venda direta do fabricante é uma condição contratual a ser negociada entre as Partes, a depender das características do negócio e território de atuação do distribuidor.

O fabricante deverá previamente elaborar um planejamento que embase a sua decisão em pagar uma comissão, caso efetue vendas diretas no território de atuação do distribuidor. Isso porque a dinâmica dos negócios poderá alterar sua atuação em referido território, havendo futura dependência quanto ao pagamento de uma comissão, o que poderá limitar a sua atuação.

Maria Helena destaca que o lucro do distribuidor é a contraprestação da relação comercial:

O distribuidor recebe uma retribuição (CC, art. 714) baseada no lucro obtido com a revenda do produto, que é de certo modo prefixado por força de tabelamento de preço, e tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato (CC, art. 715)<sup>30</sup>.

Conforme acima mencionado, o Código Civil prevê o direito à indenização ao distribuidor nas seguintes hipóteses:

Art. 715. O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato.

Por se tratar de uma parceria, referido artigo é importante condição para garantir a boa-fé contratual e ética nos negócios. Eventual fase ruim do fabricante deverá ser de conhecimento do distribuidor de modo a garantir a prévia decisão sobre a continuidade da parceria. O que não se admitirá é a má-fé na vigência do contrato mediante o não atendimento dos pedidos de compras do distribuidor.

O Código Civil não determinou de forma clara alguns pontos críticos que surgem do contrato de distribuição, dentre eles as regras para extinção do contrato. O artigo 720 determina que qualquer das partes poderá denunciar o contrato mediante aviso prévio de 90 dias. Entretanto, este prazo poderá ser alterado quando considerado insuficiente para que o distribuidor tenha tido retorno financeiro sobre o seu investimento.

---

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 456.

Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.

Não há definição de como deverá ser o cálculo para eventual indenização ao distribuidor, incluindo lucros cessantes e potencial desenvolvimento da marca, ficando a cargo do Juiz a determinação de referido valor.

Ademais, importante ressaltar que, durante o aviso prévio, as partes darão integral cumprimento às obrigações assumidas no contrato, pois o objetivo é que o distribuidor possa restabelecer o seu negócio e que não tenha prejuízos desproporcionais.

Há diversos julgados que demonstram que as decisões buscam não onerar uma parte, portanto, tem-se determinado indenizações com critérios avaliando aspectos da rescisão contratual, como por exemplo, um aviso prévio compatível com os investimentos do distribuidor.

Não há um critério claro para o cálculo de indenização ao distribuidor, quando cabível. Há alguns julgados em que foi utilizada por analogia a Lei Ferrari ou a Lei de Representação Comercial, considerando o previsto no artigo 721.

Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.

Outras características importantes da distribuição deverão estar previstas no contrato, pois são essenciais para a sua execução equilibrada e com segurança jurídica<sup>31</sup>.

A primeira delas é definição de quotas mínimas de aquisição dos produtos para revenda. Trata-se da principal característica para diferenciar o contrato de distribuição do contrato sucessivo de compra e venda. Para se definir a quota mínima, serão considerados o produto distribuído, o mercado, a região, as operações logísticas envolvidas, etc. Em caso de descumprimento, tanto do fabricante em fornecer quando

---

31 \_\_\_\_\_. **Principais Características do Contrato de Distribuição**. Data: 19.09.2011. Disponível em: <http://www.cerqueiraleite.com.br/news/5679/25/PRINCIPAIS-CARACTERISTICAS-DO-CONTRATO-DE-DISTRIBUICAO.html>. Acesso em 24.05.2014.

do distribuidor em comprar as quotas mínimas, serão aplicadas advertências e multas contratuais, motivando, em caso de reincidência, a rescisão contratual.

A segunda característica é a previsão contratual de estoque mínimo do produto, isso para garantir a disponibilidade do produto no mercado da região de distribuição, em caso de assistência técnica e de reposição de peças. As partes, geralmente, também negociam previamente o destino do estoque quando do término do contrato.

Outra cláusula importante é com relação ao uso da marca pelo distribuidor, devendo este respeitar e seguir as regras do fabricante.

### **1.5. EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL**

Com relação à regra de exclusividade no contrato de distribuição, o artigo 711 do C.C. é objetivo ao determinar que a exclusividade é presumida. Nesse sentido, caso o contrato não tenha expressa previsão contrária, haverá a exclusividade recíproca no território de atuação do distribuidor.

A remuneração em caso de venda direta pelo fabricante no território de atuação do distribuidor poderá ser feita, independentemente da cláusula de exclusividade, pois, nesses casos, deve ser seguida a regra do artigo 714 do C.C.

Destaca-se o acórdão a seguir, no qual foi tratado um caso em que distribuidor requereu indenização uma vez que empresa fabricante realizou negócios com outros distribuidores na região em que aquele tinha exclusividade de atuação. Não obstante, destacou-se na decisão que a venda direta não é critério para indenização, desde que constatado que o objetivo não era prejudicar o distribuidor, conforme destacado abaixo.

Indústria Farmacêutica Basa Ltda. interpõe agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu recurso especial assentado em ofensa ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão assim ementado: "DISTRIBUIÇÃO. EXCLUSIVIDADE. RESCISÃO CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO. **O contrato de distribuição se configura quando o contratado assume a venda por conta própria de produtos do fabricante. A exclusividade, quanto à contratação de outro representante ou distribuidor não impede a venda direta pela empresa. Caso em que deve ficar comprovado que essa conduta visou prejudicar a atuação da**

**empresa autora.** A distribuição das tabelas de preços a outras distribuidoras e a indicação de representante exclusivo configura a quebra de exclusividade, sendo causa para rescisão de contrato com indenização. Danos emergentes e lucros cessantes: indenização pela média de valores auferidos a partir da notificação até a data prevista para vigência do contrato. Apelo parcialmente provido" (fl. 201). Os embargos de declaração (fls. 211 a 214) foram rejeitados (fls. 221 a 225). Decido. A irrisignação não prospera. No caso, foi dada a prestação jurisdicional requerida pela parte, inexistindo omissão ou contradição nos julgados. Anote-se: "(...) No caso em exame, havia previsão expressa no contrato de distribuição acerca da exclusividade (cláusula 2ª), tendo a empresa ré dado credencial à autora nesse sentido (fls. 13). Restou comprovado também que a ré acertou vendas com outras distribuidoras (fls. 16/17). Não surpreende que o Sr. Leonel Irio Silva do Nascimento, quando diretor e administrador da ré tenha participado como sócio da DIBASA. Importa é que havia um contrato com prazo determinado, com previsão expressa de exclusividade que não foi observado. A comprovação de que continuou a haver negócios com a autora até dezembro de 1999 não afasta a causa para rescisão do contrato e respectiva indenização" (fl. 208). Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Intime-se. Brasília (DF), 16 de agosto de 2004. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - Relator<sup>32</sup>.

A cláusula de exclusividade é conhecida como *exclusividade territorial*, uma vez que o seu objetivo é ter como regra a exclusividade do distribuidor em ser o único revendedor de um determinado produto em um território específico.

*Ao distribuidor é assegurado um monopólio de revenda:* para Champaud, o monopólio de revenda é o que conhecemos modernamente como *exclusividade territorial*. Assim, nos contratos de distribuição seria ela sempre garantida, de sorte que nenhum outro comerciante poderia vender para os consumidores situados em certa área<sup>33</sup>.

Paula Forgione faz a distinção entre as duas formas em que se utilizam a cláusula de exclusividade. A primeira forma é a *exclusive dealing*, expressão usada pelos norte americanos, em que deverá haver exclusividade com relação aos fornecedores dos quais os distribuidores deverão adquirir produtos para execução do seu contrato. Por conseguinte, do ponto de vista concorrencial, haverá uma

---

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo nº 581581. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 27 de Agosto de 2004. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=581581&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=581581&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO). Acesso em 16/04/2014.

<sup>33</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 59.

concorrência *entremarcas* (*interbrand competition*). A segunda forma está relacionada à exclusividade de atuação do distribuidor em certo território, dividindo-se o mercado entre os demais distribuidores da rede do fabricante, o que a doutrinadora chama de concorrência *intramarca* (*intrabrand competition*)<sup>34</sup>.

O fornecedor poderá definir, como estratégia comercial, a divisão de mercado entre os seus distribuidores, o que poderá ocorrer de três formas. A primeira forma seria a divisão entre os seus distribuidores por linhas do produto, ou seja, um distribuidor A será definido para distribuir o produto com mais qualidade para classe A, devido ao seu valor de mercado, enquanto que o distribuidor B distribuirá o produto mais popular para as demais classes, por exemplo. A segunda forma seria a divisão por consumidores, específicos e listados pelo fornecedor e a terceira forma a divisão territorial ou geográfica.

As três formas de dividir o mercado de distribuição de produtos poderão ser prejudiciais ao mercado somente na hipótese de exclusividade do distribuidor e quando presentes outras características, como grau de dependência dos consumidores, serviços de pós venda, posição dominante no mercado, entre outros, conforme será tratado mais adiante.

A divisão de mercado, principalmente se acoplada à exclusividade, pode resultar o estabelecimento de vários “monopólios privados” porque cada distribuidor atuará como “monopolista” no setor que lhe foi atribuído – ao menos em relação àquele produto.

[...]

Se a competição a que estiver sujeito o distribuidor for tênue (o que inclui a hipótese de “consumidores cativos”), pode ocorrer a caracterização da posição dominante e o seu possível abuso por parte do fornecedor ou do distribuidor, com a imposição de preços e condições desfavoráveis aos consumidores<sup>35</sup>.

Ressalta-se que a prática de divisão territorial não é ilegal, sendo legítimo às partes assim definirem. A estrutura de distribuição dos produtos caberá ao fabricante, que definirá como será sua rede de distribuidores e a divisão territorial, devendo, no entanto, observar as regras específicas da legislação, especialmente a Lei Antitruste.

---

<sup>34</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 251.

<sup>35</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 203 e 204.

Nota-se uma grande preocupação dos fabricantes em evitar o desenvolvimento de distribuidores com grande porte e alto poder em comercializar os seus produtos, podendo gerar ampla dependência para ambos.

É possível que a estratégia do fornecedor seja relacionar-se com distribuidores com pouco poder de barganha, facilitando a imposição de sua linha comercial; a situação de dependência econômica dos distribuidor pode interessar ao fornecedor na medida em que maiores serão as vantagens obtidas durante as negociações. Agentes econômicos de grande porte tendem a estabelecer com o fornecedor uma relação de “dupla dependência”, e não se manterem em posição de sujeição<sup>36</sup>.

Caso presente a cláusula de exclusividade no negócio jurídico firmado, fabricante e distribuidor, assim como terceiros alheios à essa relação contratual terão os ônus e os benefícios decorrentes dessa condição. Neste último caso, por exemplo, o TJSC julgou uma ação movida por um terceiro, comerciante, que alegava ser uma violação ao princípio constitucional da livre concorrência a recusa do fabricante em vender seu produto diretamente a ele, sob a alegação da existência de um distribuidor exclusivo em sua região.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. NULIDADE. AUSÊNCIA. CONSTITUCIONAL, ECONÔMICO E COMERCIAL. REVENDA DE BEBIDAS. PRETENSA AQUISIÇÃO DIRETA DE PRODUTOS JUNTO AO FABRICANTE. RECUSA DESTE. LICITUDE. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO COM OUTRA EMPRESA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA LEI ANTITRUSTE. AUSÊNCIA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE. PROVIMENTO NEGADO. 1. Ausente a hipótese de litisconsórcio passivo necessário, bem assim de prejuízo, não se reconhecer a nulidade do processo por ausência de citação do suposto litisconsorte. 2. **A recusa do fabricante de bebidas em vender seus produtos a comerciante, pelo fato de manter contrato de distribuição com outra empresa e com exclusividade para o local, não importa em violação aos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa e tampouco em desrespeito à lei antitruste.** Nulidade do processo rejeitada por maioria. No mérito, apelo conhecido e não provido, por unanimidade<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 129.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Processo: 108454-2 (Acórdão). 2ª Câmara Cível. Relator Vitor Roberto Silva. Curitiba, 11 de Fevereiro de 2004. Disponível em:

Destaca-se ainda trecho de referido acórdão, com o entendimento de que não há violação aos princípios constitucionais da livre concorrência ou à Lei Antitruste o fato de o fabricante recusar-se a vender diretamente seu produto a terceiro (autor da ação), quando este nomeou distribuidor exclusivo em determinada região.

Com todo o respeito aos ilustres patronos da apelante, os dispositivos e/ou princípios constitucionais mencionados no recurso não vedam que os fabricantes elejam distribuidores para seus produtos, delimitando áreas de atuação e sob o regime de exclusividade. Essa prática, ressalte-se, da qual a apelante, aliás, já fez parte, mormente no ramo de bebidas, está disseminada em nosso país e, como assinalado no parecer da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, trazido à colação pela apelada, embora possa gerar polêmica ao restringir a concorrência entre distribuidores ou revendedores de uma mesma marca, pode conduzir a uma maior concorrência no mercado em que existem outros produtos que disputam a preferência do consumidor, na medida em que o distribuidor ou revendedor exclusivo adota táticas mais agressivas de marketing e de maior eficiência na distribuição ou revenda.

**Assim e sob o enfoque constitucional, não há como enxergar violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência pelo fato de uma fabricante de cerveja celebrar contrato com empresa comercial para distribuir seus produtos, destinando-lhe área específica de atuação e conferindo-lhe exclusividade.**

De um lado, porque a concorrência se estabelece entre fabricantes da mesma mercadoria e não entre o produtor e pretendo distribuidor, sendo inequívoca a existência em nosso país de outros produtores de cerveja, entre os quais a conquista de mercado é livre. De outro, porque a escolha dos distribuidores insere-se precisamente na livre iniciativa do fabricante, não sendo possível ao Estado compeli-lo a vender diretamente seus produtos a outrem.

Igualmente, não se constata qualquer violação da Lei Antitruste.

Isto porque, segundo dispõe o parágrafo único do artigo 1.º da Lei 8.884/94, as disposições dessa legislação visam atender a coletividade, vale dizer, o consumidor final e não quem figura em posição intermediária da cadeia produtiva. Assim, se a escolha de distribuidor exclusivo não prejudica a coletividade, não se aplica ao caso a legislação invocada pela apelante.

É o que ocorre na espécie, porquanto evidente que tal circunstância não acarreta prejuízo à sociedade, na exata medida em que permanece incólume a livre concorrência com outros produtores e, além disso, impede a dominação de mercado e o aumento arbitrário de lucro.

Em que pese a exclusividade territorial ser um mecanismo legal e opcional de divisão territorial de atuação dos distribuidores de modo que o fabricante possa ampliar estrategicamente o mercado de seu produto, as partes contratantes (fabricante e distribuidor) devem resguardar os princípios da teoria geral dos contratos, em especial, o princípio da função social dos contratos.

A celebração e execução do contrato de distribuição não devem se sobrepor à lei, aos direitos coletivos e à destinação social, ainda que conflitantes com os interesses particulares das partes.

## CAPÍTULO 02: CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO CONCORRENCIAL

### 2.1. LEI ANTITRUSTE

O antitruste é um ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, visando ao estabelecimento de um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores. Desse modo, ele procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre-iniciativa, em favor da coletividade<sup>38</sup>.

A livre concorrência é um dos princípios gerais constitucional da atividade econômica, com previsão no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal do Brasil, o qual inicia as disposições do Capítulo I do Título VII, que trata sobre a Ordem Econômica.

Os princípios representam mandamentos nucleares do ordenamento jurídico, os quais irradiam o espírito a diversas normas jurídicas e lhes servem de suporte valorativo para sua exata compreensão, definindo a lógica e racionalidade do sistema normativo, no sentido de estabelecer-le a tônica e harmonia.

[...] Nessa ordem, em rigor, um princípio jurídico-constitucional não passa de uma norma jurídica qualificada em razão de seu elevado teor de generalidade e superior âmbito de validade, estabelecendo ditames de orientação (significação) e atuação de outras normas, inclusive de nível constitucional<sup>39</sup>.

Os princípios constitucionais que estruturam a Ordem Econômica, conforme previsto na Constituição Federal Brasileira, são aqueles expressamente tratados no artigo 170 (valorização do trabalho humano, livre iniciativa, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, livre exercício da atividade econômica), reforçados no inciso IV do artigo 1º, bem como no parágrafo 4º do artigo 173, que visa a repressão ao abuso do poder econômico. Referidos princípios são os alicerces da Lei Antitruste<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012.

<sup>39</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Ob. Cit. p. 47 e 48.

<sup>40</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op Cit. p. 50.

A principal finalidade é garantir a valorização do trabalho, a livre iniciativa, a livre concorrência, a coletividade e a defesa dos consumidores, reprimendo qualquer ato de abuso do poder econômico, contrário aos princípios da Ordem Econômica.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

No artigo 173, parágrafos 4º e 5º, são expressamente previstos a repressão à qualquer ato que, como resultado, elimine a concorrência entre as empresas, bem como a responsabilização dos representantes legais das pessoas jurídicas que pratiquem referidos atos.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

O exercício e a exploração de uma atividade econômica são garantidos pelo princípio da livre iniciativa, podendo o indivíduo agir livremente quanto à produção, circulação e distribuição de riquezas, sem a interferência do Estado. A referida liberdade não será absoluta, uma vez que a própria Constituição Federal prevê limites, como por exemplo, o princípio da livre concorrência.

A livre-iniciativa e a livre-concorrência são conceitos distintos, porém, complementares, sendo o primeiro a proteção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a síntese da liberdade de ação e escolha, o livre acesso às atividades econômicas, ao passo que o segundo representa uma limitação e uma instrumentalização do exercício do primeiro<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 53.

Uma economia somente se sustentará caso a livre concorrência tenha por contra peso os direitos de interesse da coletividade garantidos, tais como aqueles previstos na Constituição. O intervencionismo do Estado somente ocorrerá caso necessário e quando infringida a lei. Ao Estado, cabe atuar como agente fiscalizador e regulador das atividades econômicas, assegurado a todos o livre exercício de suas atividades econômicas<sup>42</sup>.

A livre concorrência será garantida pelo Estado através de mecanismos previstos na legislação para uma concorrência leal e livre entre os agentes econômicos. Isso resultará em um mercado competitivo em que sejam garantidos os direitos da coletividade, destinatários finais dos efeitos benéficos decorrentes de um regime de livre concorrência no mercado<sup>43</sup>.

A partir de referidos princípios constitucionais, foi promulgada a Lei Especial nº 8.884 de 11/06/1994, que revogou a primeira Lei que tratava da repressão ao abuso do poder econômico, a Lei nº 4.137 de 10/09/1962, bem como a Lei nº 8.158 de 08/01/1991, que instituía as normas para a defesa da concorrência.

Desde a promulgação de referida Lei, conhecida como Lei Anticoncorrencial ou Antitruste, houve algumas alterações para incluir novas disposições legais a ela, assim como outras Leis importantes para o Sistema de Defesa de Concorrência, como a Lei nº 8.137 de 27/12/1997, que trata da conhecida Lei de Colarinho Branco e a Lei nº 8.078 de 11/09/1991, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor.

Porém, em especial, destaca-se a recente Lei nº 12.529 de 30/11/2011, que alterou significativamente a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência e revogou diversos artigos da Lei nº 8.884/1994 (artigos 1 a 85 e 88 a 93), tendo sua vigência a partir de 180 dias de sua publicação oficial.

Vale ressaltar que a Defesa da Concorrência é ancorada num direito difuso e não na defesa de interesses individuais. Por isso, é comum dizer-se que a legislação e os órgãos responsáveis pelo seu cumprimento existem para proteger a concorrência e não os concorrentes. É um instrumento extremamente relevante que o Estado possui para regular os negócios, sem neles intervir

---

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Prefácio do Ministro Celso de Mello. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2003. p. 1838.

<sup>43</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 55.

diretamente, estimulando, assim, o processo competitivo e inibindo práticas predatórias de abuso de poder econômico<sup>44</sup>.

A referida Lei trata, inicialmente, da nova estrutura do SBDC e as competências de cada entidade instituída, assim resumida:

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC é formado pelo Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - Seae do Ministério da Fazenda. O Cade é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Dessa estrutura, participam também, de forma auxiliar, a Procuradoria Federal e o Ministério Público Federal. A Seae realiza a chamada “advocacia da concorrência” perante órgãos do governo e a sociedade. Em outras palavras, ela promove a livre concorrência, opinando sobre proposições legislativas ou minutas de atos normativos nos aspectos relacionados ao tema, propondo a revisão de leis, decretos e regulamentos, manifestando-se sobre pedidos de revisão de tarifas e realizando estudos que avaliem a concorrência em setores específicos da economia, para subsidiar as decisões de órgãos governamentais<sup>45</sup>.

Com a nova Lei a SDE – Secretaria de Direito Econômico, até então responsável pelo julgamento dos casos, foi incorporada pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que passa a ser o órgão responsável por analisar e rever casos de aquisições e incorporações de empresas, bem como investigar e julgar todos os processos.

As duas leis tem basicamente as mesmas previsões legais com uma lista exemplificativa de infrações à ordem econômica (artigo 21 da Lei nº 8.884/1994, revogado e com nova previsão no parágrafo 3º do artigo 36 da Lei nº. 12.529/11).

A Lei, embasada pelos ditames constitucionais, tem o objetivo de evitar e punir condutas que visam eliminar a concorrência, ou dominar o mercado, ou ainda tenham como efeito o aumento arbitrário do lucro.

Os empresários podem procurar eliminar a concorrência para aumentar seu poder econômico e, com isso, maximizar seus lucros e diminuir os riscos inerentes à atividade empresarial. A política de defesa da concorrência tem o objetivo de preservar a concorrência e combater o abuso do poder econômico. O poder econômico é a capacidade de uma empresa (ou de um grupo de empresas atuando

---

<sup>44</sup> \_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial. Manual de Práticas Concorrenciais. FIESP. CIESP.** Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/direito-concorrencial-manual-de-praticas-concorrencial/>. Acesso em 15.06.2014. p. 10.

<sup>45</sup> \_\_\_\_\_. **Estrutura.** Site institucional do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2404040c100e0e2c3a1e>. Acesso em 25.05.2014.

de forma concertada) determinar ou influenciar de forma significativa as variáveis de mercado de um produto ou serviço<sup>46</sup>.

A aplicação da Lei será com relação às condutas que ocorram ou que venham a gerar efeitos no Brasil, ou seja, independentemente, se a infração foi produzida ou alcançada no país, se houver qualquer efeito anticompetitivo no mercado brasileiro, a Lei Antitruste brasileira será aplicada e as infrações punidas.

O CADE poderá aplicar, quando comprovada a infração, multas administrativas, que podem ser de 1% a 20% do valor do faturamento bruto dos infratores, mas nunca menores do que a vantagem conquistada pela infração, conforme artigo 37 da Lei.

Além da responsabilidade administrativa perante o CADE, o infrator terá responsabilidade penal e civil a ser respondida pelo devido processo legal em instâncias diferentes.

O Título V da Lei dispõe sobre as infrações da ordem econômica, reiterando os termos da Constituição Federal Brasileira e prevendo, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de *abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social* (Artigo 34).

Importante destacar que a lei define a infração como os atos que tenham a finalidade ou produzam os efeitos listados no artigo 36, reiterado ainda esse conceito no Caput do parágrafo 3º do mesmo artigo.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

§ 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

---

<sup>46</sup> \_\_\_\_\_. **Defesa da Concorrência no Judiciário. Coleção SDE/CADE 05/2010.** 1ª ed. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/defesa%20da%20concorrência.pdf>. Acesso em 21.07.2014.

Em recente caso, julgado pelo CADE em Agosto de 2013, em que foram condenadas as companhias aéreas ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A., Varig Logística S.A., American Airlines Inc. e Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A e sete pessoas físicas por formação de cartel internacional em transporte aéreo de cargas<sup>47</sup>, verifica-se, em referida decisão, a teoria brasileira de que será considerada uma infração o ato com potencial efeito, direto ou indireto, de dominar o mercado ou prejudicar a livre concorrência, teoria esta já prevista no artigo 2º da Lei nº 8.884/1994:

Further, in the decision regarding the *Air Cargo* case, CADE further developed the Brazilian theory on the need to show the effects of cartel cases. Making references to the SKF case, CADE stated in the *Air Cargo* case that an act may be considered a violation to the economic order if its object is to harm competition or to dominate a given market; or if it has the potential effect, directly or indirectly, of generating harm to competition or domination of a given market, even if such effect does not occur<sup>48</sup>.

Ressalta-se que, caso as condutas anticompetitivas gerem danos a terceiros, o Poder Judiciário será o responsável em julgar a ação de indenização por perdas e danos e não o CADE. Caso a lesão seja contra a coletividade, a competência para promover a ação será o Ministério Público ou Administração Pública.

Considerando os fundamentos das regras da concorrência no Brasil, necessário destacar a previsão legal de possibilidade de autorização do CADE para permitir uma conduta concorrencial restritiva, a qual, obrigatoriamente, tenha como objetivo as hipóteses listadas no parágrafo 6º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, transcrito a seguir:

---

<sup>47</sup> \_\_\_\_\_. **Cade multa em R\$ 300 milhões cartel internacional de cargas aéreas**. Site institucional do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Notícias. Data: 28/08/2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5cef3ecb25fa1112e452e27ed476>. Acesso em 25.05.2014.

<sup>48</sup> NETO, José Alexandre Buaiz. **The Cartels and Leniency Review**. Data: 19.03.2014. 2ª ed. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/publicacao/4165>. Acesso em 24.05.2014. Tradução livre: “Adiante, em decisão sobre Cargas Aéreas, CADE desenvolveu a teoria brasileira de que é necessário demonstrar os efeitos dos casos de cartel. Fazendo referência ao caso SKF, CADE determinou no caso de Cargas Aéreas que um ato poderá ser considerado violação à ordem econômica se o seu objeto é para prejudicar a competitividade ou para dominar o mercado; ou se tem um potencial efeito, direto ou indiretamente, de gerar prejuízos à competitividade ou domínio de mercado, mesmo que esse efeito não ocorra”.

§5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no §6º deste artigo.

§6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

O fundamento jurídico para certas restrições, previamente aprovadas pelo CADE, é trazido por Paula A. Forgioni, ressaltando-se que a teoria do artigo 54 mencionado não foi alterada pela Lei nº 12.529/2011, ainda prevista e reiterada no artigo 88 acima referenciado:

A Lei nº 8.884, de 1994, é uma *lei de caráter geral*, que visa disciplinar o comportamento dos agentes que atuam no domínio econômico, tanto de maneira *repressiva* (punindo os abusos de poder econômico e as práticas restritivas da concorrência) quanto *preventiva* (mediante o controle previsto no art. 54). *A Lei Antitruste protege a concorrência de forma geral, o mercado concorrencial como um todo*, quer perseguindo-o como um fim a ser atingido, quer preservando-o<sup>49</sup>.

Trata-se, portanto, de uma medida para prevenir infrações à ordem econômica, que venham a prejudicar o mercado e os consumidores, garantindo, desta forma, que os princípios constitucionais sejam respeitados e seus efeitos sejam colhidos pela coletividade.

A autoridade responsável pelo julgamento das condutas deverá utilizar-se do Princípio da Razoabilidade considerando os potenciais efeitos negativos no mercado, proibindo os atos que possam gerar efeitos anticompetitivos ou os aprovando com restrições, buscando minimizar ou eliminar os seus efeitos negativos<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 157.

<sup>50</sup> \_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial. Manual de Práticas Concorrenciais. FIESP. CIESP.** Ob. Cit. p. 17.

Fazemos parte de um elenco não muito extenso de países em que a Constituição insere a livre iniciativa dentre os princípios fundamentais do Estado e a livre concorrência dentre os princípios gerais que comandam a atividade econômica. Isso significa dizer que o exercício da concorrência é fator essencial na determinação dos preços de bens e serviços e que a lei deverá estar apta a proteger o funcionamento do mercado, combatendo práticas que tenham por objeto, ou possam ter como efeito, impedir, limitar ou distorcer a concorrência no campo econômico<sup>51</sup>.

O direito do consumidor, sob a ótica do direito concorrencial, visa, de forma preventiva, garantir que os consumidores não tenham prejuízos com práticas anticoncorrenciais que reflitam em maiores preços, pior qualidade e segurança dos bens colocados no mercado, ou ainda piores ofertas de produtos.

## 2.2. ACORDOS E RESTRIÇÕES VERTICAIS

Os acordos verticais são aqueles celebrados entre as partes de uma mesma cadeia produtiva, desde o fornecimento da matéria-prima até à distribuição final do produto ao destinatário final. Os acordos horizontais são aqueles relacionados às empresas concorrentes em determinado mercado, mas que não serão objetos de estudo nesse trabalho, considerando não estar diretamente relacionados ao tema.

Os acordos verticais são celebrados entre empresas que não concorrem entre si, mas mantem uma relação comercial de fornecimento ou distribuição de mercadorias ou serviços. Apartam-se dos chamados acordos horizontais, realizados entre concorrentes, ou seja, que atuam no mesmo mercado relevante. Uma vez que a Lei Antitruste disciplina os acordos verticais, dizemos que se trata da “concorrência entre não concorrentes”.<sup>52</sup>

Os acordos verticais somente serão considerados pelo CADE como restrições verticais, configurando, portanto, a infração à Ordem Econômica, se presentes certos efeitos anticompetitivos no mercado e prejudiciais ao consumidor sob a aplicação do princípio da razoabilidade no julgamento.

---

<sup>51</sup> \_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial. Manual de Práticas Concorrenciais. FIESP. CIESP.** Op. Cit. p. 09.

<sup>52</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 53.

Na Resolução nº 20 do CADE, são tratados dos efeitos prejudiciais resultantes das condutas do fabricante e distribuidor, como por exemplo, barreira à entrada de um distribuidor e competidor potencial em razão da exclusividade territorial. No entanto, referidas práticas somente irão gerar efeitos negativos, se configurados uma posição dominante de mercado nos termos da legislação antitruste, prejuízos aos consumidores, foco de venda do produto em questão, concorrência *intramarcas* que venha prejudicar os serviços de pós-venda, etc.

As restrições verticais 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, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante "de origem", 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 frequentemente 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 bens e serviços<sup>53</sup>.

Dentre os acordos que podem facilitar a ocorrência de práticas anticoncorrencias, consideradas restrições verticais, o CADE aponta a restrição territorial, bem como cita os prejuízos que podem ser gerados, em especial o destacado abaixo:

---

<sup>53</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em 21.06.2014.

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. Tal prática 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 situações em que o comprador se torna cativo ("lock in"), por não possuir alternativas viáveis de consumo desses serviços. Analogamente, os possíveis benefícios em termos de economia de custos de transação devem ser considerados na avaliação<sup>54</sup>.

Apenas após a análise do caso concreto, o CADE poderá avaliar se a exclusividade territorial restringe a concorrência no mercado do território, dificultando o acesso de outros competidores, desde que tal prática venha a prejudicar os consumidores, especialmente pela prática de custo elevado do produto e dos serviços de assistência técnica e que seja configurada a posição dominante no mercado relevante.

O CADE ainda aponta como um acordo vertical, que pode facilitar a ocorrência de uma prática anticoncorrencial, a recusa de negociação com terceiros, além da rede de distribuição estabelecida pelo fabricante. Mas reitera a obrigatoriedade de examinar, em conformidade com o princípio da razoabilidade, os elementos e efeitos da prática sobre a concorrência.

---

<sup>54</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ob. Cit.

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 "bloqueio" 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. Quando a prática é conduzida por controlador de infra estrutura essencial requer exame mais específico de seus efeitos sobre a concorrência<sup>55</sup>.

A exclusividade, a divisão de mercado, a restrição aos preços de venda e a venda casada são alguns dos exemplos de *restrições verticais* que podem estar presentes no contrato de distribuição. A exclusividade territorial poderá configurar uma restrição vertical, considerada, portanto, uma infração à ordem econômica, quando presentes alguns requisitos legais e características conforme teorias adotadas no país.

Do ponto de vista concorrencial, deverão ser analisados para ser configurada a restrição vertical: (i) a participação no mercado do distribuidor, (ii) os objetivos da prática da conduta, (iii) as consequências e os efeitos de referida prática para o mercado e para as Partes, entre as abaixo destacadas na Resolução nº 20 do CADE, de 09.06.1999, posteriormente, revogada parcialmente pela Resolução nº. 45, de 28.03.2007, em que são estabelecidos os elementos necessários à formação da convicção do Conselheiro Relator no julgamento de uma conduta, em tese, anticoncorrencial.

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;

---

<sup>55</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. Cit.

- 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.

A prática somente será configurada como anticoncorrencial, caso seus efeitos gerem prejuízos ao mercado e aos consumidores. Desta forma, o contexto específico de cada caso deverá ser analisado pelo CADE para que, então, este órgão responsável possa concluir se houve uma infração à Ordem Econômica.

As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor<sup>56</sup>.

Inicialmente, avaliar-se-á se a conduta tem como finalidade o crescimento rápido de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante.

Para a análise da posição dominante, será feita a análise quanto a: delimitação do(s) mercado(s) relevante(s), estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s) e análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais)<sup>57</sup>.

Verificar-se-á se configurada a posição dominante da empresa, a qual se presume quando esta for detentora de 20% do “market share”, nos termos do parágrafo 2º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. Cit.

<sup>57</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. Cit.

<sup>58</sup> §2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por

A posição dominante, portanto, somente será configurada legalmente quando comprovada o controle de 20% do mercado pela empresa em questão.

A conduta anticoncorrencial pressupõe posição dominante, a qual se verificar quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. A existência de posição dominante é legalmente presumida nos casos em que o agente detiver 20% do mercado relevante<sup>59</sup>.

A identificação de um mercado relevante será feita de acordo com a possibilidade de substituição, conforme esclarecido na Resolução nº 20 do CADE, abaixo destacado:

A possibilidade de substituição constitui a variável chave na identificação do mercado relevante, uma vez que a livre concorrência depende da possibilidade do exercício de escolha por parte dos consumidores. Assim, um mercado relevante, em sua dimensão produto, compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização.

Por sua vez, em sua dimensão geográfica, um mercado relevante compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos e serviços<sup>60</sup>.

Para a análise da conduta, após o seu enquadramento legal e evidências da realização da conduta, será feita a análise quanto aos efeitos anticoncorrenciais, assim o exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta.

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é

---

cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

<sup>59</sup> \_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial. Manual de Práticas Concorrenciais. FIESP. CIESP.** Op. Cit. p. 17.

<sup>60</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. Cit.

preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis-à-vis seus possíveis benefícios ("eficiências") compensatórios<sup>61</sup>.

Por fim, a avaliação final dos Conselheiros do CADE será emitida com uma ponderação dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta. Nesse ponto, destaca-se o entendimento brasileiro de que deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios e eficiência compensatórios.

Nesse sentido, quando presentes os efeitos anticompetitivos na execução de um contrato de distribuição, gerando impactos no mercado, será configurada uma *restrição vertical*.

No caso da distribuição com exclusividade territorial, a posição dominante do distribuidor em certo território dependerá da *concorrência entremarcas*, uma vez que, havendo produtos concorrentes ao de sua revenda, maior será competição. Por outro lado, se não houver concorrentes, mas consumidores *cativos*, que dependem exclusivamente do distribuidor, inclusive nos serviços pós-venda, a exclusividade territorial poderá configurar uma infração à ordem econômica, decorrente da posição dominante em referido territorial, quando presentes atos de imposição de preços e condições desfavoráveis ao consumidor ou outros abusos econômicos<sup>62</sup>.

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

---

<sup>61</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. Cit.

<sup>62</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 204.

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, estimando 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<sup>63</sup>.

A *concorrência intramarcas* não existirá no território em que o distribuidor possuir a exclusividade mediante a divisão territorial, o que poderá facilitar conluio entre os fabricantes.

Imaginemos, por exemplo, um mercado relevante com apenas três produtores de vernizes: Caio, Tício e Semprônio. Cada um deles mantém um rede de cem distribuidores exclusivos. Os três celebram um acordo e dividem entre si as zonas em que desempenharão suas atividades. Se os respectivos distribuidores não estiverem obrigados a absterem-se de atuar na área da rede do outro, *o cartel será praticamente impossível*<sup>64</sup>.

Ainda que referida prática não seja um conluio com os distribuidores, ou seja, esses não terão o lucro do cartel, auferido pelos fornecedores, a exclusividade territorial sem a *concorrência intramarcas* será como meio para uma infração à ordem econômica, objetivo este dos fornecedores.

Outra prática ilícita que poderá decorrer da exclusividade territorial é a discriminação nos termos do inciso X do parágrafo 3º do artigo 36 da nova Lei Antitruste. Aquele que praticar a venda de produtos ou serviços mediante a fixação de

<sup>63</sup> Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. Cit.

<sup>64</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 206.

preços e condições diferenciadas, sem justificativas plausíveis, para diferentes clientes finais infringirá as normas concorrenciais.

Interessante destacar exemplo prático e claro trazido por Paula A. Forgioni, podendo ser observados os efeitos e prejuízos que podem ser causados ao mercado consumidor:

Pensemos no seguinte exemplo: na cidade A, Tício é o [único fornecedor de leite fresco. Já na cidade B, enfrenta a concorrência de Caio. Os consumidores da cidade A estariam dispostos a pagar até R\$2,50 por litro de leite fresco, enquanto na cidade B não mais do que R\$1,50, em virtude da competição oferecida por Caio. Tício tem dois distribuidores, que atuam concomitantemente nas cidades A e B. Nessa situação, provavelmente não se conseguirá impor o preço de R\$2,50 por litro na cidade A (pois os distribuidores de Tício lá concorrerão entre si). Mas, se os compradores da cidade A ficarem “isolados”, tendo contato apenas com um revendedor, será mais provável que ali se alcance o preço de R\$2,50 (os dois distribuidores *não* concorrerão entre si e, conseqüentemente, não tenderão a diminuir seus preços). Os moradores da cidade A comprarão o leite a R\$2,50 e os da cidade B poderão fazê-lo a R\$1,50. Em suma: dividindo o mercado entre os dois revendedores, conseguir-se-á praticar o preço de R\$2,50 na cidade A, enquanto que na cidade B, inclusive em virtude da concorrência já existente com os produtos de Caio, o preço será de R\$1,50<sup>65</sup>.

É essencial destacar que os acordos verticais serão condenáveis caso resultem em potenciais efeitos anticompetitivos no mercado, como domínio do mercado, abuso de posição dominante ou ainda aumento arbitrário de lucro.

As partes poderão celebrar o contrato de distribuição com cláusula de exclusividade, tendo em vista que a própria lei expressamente prevê essa possibilidade. No entanto, deverão respeitar as regras da legislação concorrential, responsabilizando-se pelas conseqüências caso produzam efeitos anticoncorrenciais, como por exemplo, o fechamento do mercado, criando-se barreiras para a atuação de novos distribuidores.

### **2.3. PERSPECTIVAS DOS EUA E DA UNIÃO EUROPÉIA SOBRE DIVISÃO DE MERCADO**

---

<sup>65</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 207 e 208.

Em 1889, o pioneiro em estabelecer as primeiras regras concorrencias no Mundo, o Canadá, *editou o Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade* e a finalidade era tornar a economia canadense mais eficiente e participativa nos mercados mundiais, assim como desenvolver o mercado interno, possibilitando que empresas pequenas e médias se desenvolvessem e como consequência, ampliar as opções aos consumidores<sup>66</sup>.

Os Estados Unidos, após identificar concentrações de mercados por grandes empresas americanas, gerando *um cenário de seleção natural dos mais fortes*<sup>67</sup>, editou o primeiro regulamento americano quanto às práticas restritivas da concorrência, chamado de *Sherman Act*, em 1890. O objetivo era equilibrar e disciplinar o sistema econômico capitalista, combatendo os abusos de poder econômico dos agentes econômicos<sup>68</sup>.

Importante destacar que os Estados Unidos influenciaram as demais legislações antitruste mundiais. Em 1970, duas escolas desenvolveram suas teorias, o que embasou os princípios da legislação antitruste do Brasil.

A escola de Harvard desenvolveu a sua teoria econômica do Direito de Concorrência americano com base na existência efetiva de concorrência entre os agentes econômicos. A preocupação desses estudiosos, portanto, era quanto aos números de concorrentes no mercado para garantir aos consumidores opções de escolha e a efetiva concorrência.

A escola de Harvard parte do pressuposto de que toda sociedade empresária com poder econômico utilizará esse poder para implementar condutas anticompetitivas, motivo pelo qual a maior preocupação dessa corrente está ligada ao aumento da concentração do mercado, em especial as concentrações verticais.

A escola de Harvard vê com desconfiança as excessivas concentrações empresariais e a presença de barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Um de seus principais pilares repousa na crença de que a conduta do agente econômico está diretamente

---

<sup>66</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 63 e 64.

<sup>67</sup> MAEDA, Renata de Souza. **Direito da concorrência: Uma análise das teorias Econômicas, da ordem econômica brasileira e da conduta abusiva horizontal do cartel.** Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12966&revista\\_caderno=8](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12966&revista_caderno=8). Acesso 26.06.2014.

<sup>68</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 65.

ligada à estrutura do mercado, ou seja, as características das configurações do mercado determinam a sua performance<sup>69</sup>.

Os estudiosos de Harvard defendiam que as concentrações de mercado são prejudiciais, uma vez que não há páreo justo para a competição com empresas de grande poder econômico. Isso gera uma estrutura de mercado fechada, prejudicando a entrada de novos competidores.

A Escola de Harvard, também denominada escola estruturalista, posiciona-se contra a concentração de poder de mercado. Para essa escola, é importante evitar as excessivas concentrações de poder no mercado, porque podem gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas.

Busca-se, desse modo, um modelo de *workable competition*. Assim, o modelo recomendado por essa escola defende a manutenção e o aumento do número de agentes econômicos no mercado, mantendo-se a estrutura pulverizada. Acredita-se que assim as disfunções no mercado serão evitadas.

[...]

Os juristas econômicos (como Bork, Posner, Frank Easterbrook e Ernest Gelhorn) e os economistas com base jurídica (como Betty Bock) formaram preceitos analíticos para a Nova Escola de Chicago e os traduziram em princípios operacionais, que os juízes poderiam prontamente colocar em prática.

Esses estudiosos questionaram muitas normas de ilegalidade *per se* que a Suprema Corte criou de 1940 a 1972 e também algumas condutas, como as restrições verticais, as quais eram repetidamente tidas por parte deles como benignas ou pró-competitivas, mas que as Cortes sustentavam com regras *per se* de ilegalidade<sup>70</sup>.

A regra *per se* foi criticada pelos estudiosos da época, pois o contexto e os efeitos das práticas, alegadas como anticompetitivas, não eram considerados pelos juízes americanos, quando dos julgamentos dos casos. Em oposição, desenvolveu-se a regra da razão, pela qual se faz necessário investigar com profundidade a prática dos agentes econômicos para avaliar os efeitos anticoncorrenciais da conduta<sup>71</sup>.

A teoria da razão foi abordada primeiramente no caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, em 1897. Foi questionada a conduta das empresas de transporte ferroviário que fixaram tarifas de fretes para todas as ferrovias. Pelas empresas, foi alegado que não havia uma divisão de mercado, o que

---

<sup>69</sup> MAEDA, Renata de Souza. Ob. cit.

<sup>70</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 79.

<sup>71</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 83.

não prejudicava a concorrência, mas que referido acordo era razoável uma vez que definia valores mínimos para os serviços de forma a não prejudicar os concorrentes. Apesar de o julgamento ter sido desfavorável às empresas, uma vez que as empresas foram condenadas por conduta anticoncorrencial, conforme interpretação literal do Sherman Act (teoria conhecida como *Conduta Per Se Condemnationem*), a teoria da razão foi trazida por um dos juízes, que teve o seu voto vencido.

Contudo, não obstante restar vencido o juiz White alegou que o Sherman Act vedava somente as práticas que restringiam a concorrência de forma não razoável. Portanto, a regra não deveria ser aplicada aos acordos razoáveis. No caso específico das estradas de ferro, o acordo era necessário para se evitar uma ruínosa guerra de tarifas, sem contar que os preços eram razoáveis<sup>72</sup>.

A teoria da razão somente foi aplicada em benefício dos réus no caso *Chicago Board of Trade v. United States*. Neste caso, a associação de depositários de armazéns gerais, corretores de mercadorias e outros comerciantes de grãos foram julgados por proibir seus membros de comprar ou propor a compra de grãos a preços diversos daqueles vigentes durante o período compreendido entre o fechamento do pregão até a abertura do próximo, no dia seguinte. O objetivo era evitar que alguns armazenadores negociassem os preços durante a noite, prejudicando o mercado no período diurno.

A escola de Chicago, por outro lado, focou o seu estudo no que se refere à eficiência da estrutura dos concorrentes no mercado, pois, somente dessa forma, os consumidores seriam beneficiados. Para ter maior eficiência no mercado e na estrutura dos agentes econômicos, necessária a menor intervenção estatal possível, tendo em vista a influência da análise econômica para garantir a eficiência produtiva.

No que se refere às restrições verticais, a escola de Chicago trouxe fundamentos para que não fossem evitados, uma vez que também podem ter efeitos positivos aos consumidores.

Assim, os principais institutos antitrustes passam a ser pensados em termos de “eficiência alocativa” e, portanto, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como um mal a

---

<sup>72</sup> MAEDA, Renata de Souza. Op. Cit.

ser evitado. As restrições verticais passam a ser explicadas em termos de eficiência e ganho para os consumidores<sup>73</sup>.

Ambas as escolas sofreram críticas, destacando-se a teoria pós-Chicago, que trouxe argumentos mais aprofundados sobre os conceitos da teoria anterior:

Importante ainda mencionar o movimento denominado revisionismo pós-Chicago, que toma corpo a partir de 1980. Essa corrente, mesmo reconhecendo a importância e relevância dos conceitos defendidos pela Escola de Chicago, acusa-a de ser demasiadamente simplista. Com métodos mais aprofundados, a Escola pós-Chicago indicam prejuízos concorrenciais de determinadas condutas (especialmente os acordos verticais), sem, contudo, desprezar os benefícios que delas derivam. As três principais teorias que compõem a visão pós-chicago seriam: (i) teoria dos mercados contestáveis (contestable markets), a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação (transation costs) (SALOMÃO FILHO, 2003a, p. 23)<sup>74</sup>.

A divisão de mercado é tratada pelos Estados Unidos de forma mais branda do que a União Européia e o Brasil.

If the manufacturer has monopoly power in the relevant market and its contracts with distributors have the effect of blocking competitor access to end-users, exclusive dealing arrangements have been held to violate Section 2 of the Sherman Act as conduct in furtherance of unlawful monopolisation<sup>75</sup>.

Do ponto de vista da lei antitruste americana, o Tribunal irá julgar os casos de restrições verticais conforme a teoria da razão (*under the rule of reason*), a não ser que os efeitos da prática sejam *tão perniciosos para a concorrência que jamais os benefícios para o sistema compensarão os prejuízos – temos, então, a condenação per se*<sup>76</sup>. A tendência dos tribunais americanos é aprovar acordos verticais de exclusividade territorial, desde que o fabricante não tenha poder de

<sup>73</sup> MAEDA, Renata de Souza. Op. Cit.

<sup>74</sup> MAEDA, Renata de Souza. Op. Cit.

<sup>75</sup> COLLIN, Thomas J. **US: Vertical Restraints. The Antitrust Review of the Americas 2014.** Section 2: United States. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/54/sections/182/chapters/2142/us-vertical-restraints/>.

Acesso em 24.06.2014. Tradução livre: Se o fabricante tem poder de mercado relevante e os seus contratos com distribuidores tem o efeito de bloquear o acesso de competidores aos consumidores, os acordos de exclusividade foram formados para violar a Seção 02 do Sherman Act como uma conduta em prol de monopolização ilegal.

<sup>76</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 140 e 141.

mercado de forma a limitar a competição entremarcas e que não tenha um benefício competitivo<sup>77</sup>.

In general, courts analyze exclusivity agreements under the rule of reason. Thus, unless the facts suggested that the conduct of the manufacturer and dealer served no potentially procompetitive purpose, a court probably would not find a specific intent to monopolize. The Supreme Court has recognized many of the economic reasonableness arguments that parties could assert to defend an exclusive dealership arrangement<sup>78</sup>.

O caso *United States v Dentsply Int'l Inc* julgou a conduta da empresa, produtora de dentes artificiais para dentadura, por impor uma política, chamada de Dealer Criterion 6, a seus distribuidores, referente exclusivamente a uma linha de produtos. Os principais distribuidores no país somente poderiam vender um tipo de dente da Dentsply, com exclusividade, sendo proibida, portanto, a revenda de referido tipo de dente de empresa concorrente. A Corte Americana considerou anticompetitiva a conduta da empresa, uma vez que as consequências foram de monopolizar o mercado e restringir a competição com outras empresas.

By ensuring that the key dealers offer Dentsply teeth either as the only or dominant choice, Dealer Criterion 6 has a significant effect in preserving Dentsply's monopoly. It helps keep sales of competing teeth below the critical level necessary for any rival to pose a real threat to Dentsply's market share. As such, Dealer Criterion 6 is a solid pillar of harm to competition<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> COLLIN, Thomas J. Ob. Cit.

<sup>78</sup> HYLTON, Keith N. **Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution**. Cambridge University Press, New York, 2003. p. 264. Information on this title: [www.cambridge.org/9780521790314](http://www.cambridge.org/9780521790314). Tradução livre: Em geral, os tribunais julgam os acordos de exclusividade conforme a teoria da razão. Assim, a não ser que os fatos sugerem que a conduta do fabricante e do distribuidor foi potencialmente com propósito anticompetitivo, o tribunal provavelmente não julgaria como intenção específica de monopolizar. A Suprema Corte tem reconhecido muitos dos argumentos de razoabilidade econômicas pelas quais as partes poderiam valer-se para defender um acordo de exclusividade.

<sup>79</sup> \_\_\_\_\_. **Antitrust Case Filing. United States v. Dentsply International, Inc. Opinion - 3rd Cir. Ct. of Appeals (February 24, 2005)**. Site The United States – Department of Justice. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/indx102.htm>. Acesso 28.06.2014. Tradução livre: Ao garantir que os principais distribuidores ofereçam dentes Dentsply como exclusivo ou dominante no mercado, *Dealer Criterion 6* tem um efeito significativo na preservação do monopólio da Dentsply. Ela ajuda a manter as vendas de competitivos dentes abaixo do nível crítico necessário para qualquer concorrente para impor uma ameaça real para a participação de mercado da Dentsply. *Dealer Criterion 6* é um pilar sólido de dano à concorrência.

Apesar da Dentsply alegar que os distribuidores tinham autonomia para aceitar a política, o Tribunal demonstrou que nenhum outro competidor poderia oferecer condição melhor ao distribuidor, bem como que a Dentsply ameaçou rescindir o acordo de distribuição caso não fosse aplicada a nova política, o que representaria a perda da revenda de todos os produtos da Dentsply.

Without a valid procompetitive justification for exclusivity, the balancing of procompetitive justifications and anticompetitive effects is easily tipped towards antitrust liability<sup>80</sup>.

Os Tribunais americanos buscam avaliar se o acordo vertical tem efeitos eficientes no mercado de modo a equilibrar a competitividade entre os concorrentes, sem prejudicar os consumidores com preços altos.

Today, the courts are inclined to give such restraints the benefit of the doubt. The current view is that practices such as tying and exclusive contracts sometimes make markets more efficient, on balance benefiting consumers through lower prices and more rapid innovation. For example, as noted earlier, exclusive dealing, where a distributor is prevented from offering rivals' brands, can provide distributors with strong incentives to promote the manufacturer's brand and can prevent free riding on manufacturer advertising and support. Exclusive deals can also unduly deter competition, however, by preventing rivals from succeeding. The challenge lies in achieving a balance between the positive efficiency gains and the negative anticompetitive aspects of vertical restraints<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> KLEIN, Benjamim and LERNER, Andres V. **Procompetitive Justification for Exclusive Dealing: Preventing Free-riding and Creating undivided dealer loyalty**. Disponível em: [http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single\\_firm/docs/219980.htm](http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/219980.htm). Acesso em 28.06.2014. Tradução livre: Sem uma justificativa pró-competitiva válida para exclusividade, o equilíbrio das justificativas pró-competitivas e efeitos anticoncorrenciais é facilmente derrubado no sentido de responsabilidade antitruste.

<sup>81</sup> HAHN, Robert W. **Antitrust Policy and Vertical Restraints**. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. 2006. p. 3. Tradução livre: Hoje, os tribunais estão inclinados a dar a tais restrições o benefício da dúvida. A visão atual é que práticas como a venda casada e contratos de exclusividade, por vezes, tornam os mercados mais eficientes, equilibrado para o benefício dos consumidores através de preços mais baixos e mais rápida inovação. Por exemplo, como observado anteriormente, a exclusividade contratual, em que um distribuidor é impedido de oferecer marcas dos rivais, o que poderá fornecer aos distribuidores com fortes incentivos para promover a marca do fabricante e poderá evitar parasitismo em publicidade do fabricante e apoio. Ofertas exclusivas também poderá impedir indevidamente a concorrência, no entanto, ao impedir rivais de ter sucesso. O desafio está em conseguir um equilíbrio entre os ganhos de positiva eficiência e os aspectos negativos anticompetitivos de restrições verticais.

No Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo n°. 08012.003303/98-25, é mencionado no item 3.1.2 quanto ao tratamento dado aos Acordos de Exclusividade de Vendas nos Estados Unidos<sup>82</sup>.

É citado o caso *Standard Oil Co. of California v. United States (Standard Stations, 1949)*, no qual foram reconhecidos positivamente os efeitos sobre o mercado nas práticas de se estabelecer acordo de exclusividade em acordo vertical. Isso porque foi considerado somente o índice de fechamento de mercado, embasamento este alterado ao longo dos anos pela Corte Americana, uma vez que necessário analisar outros critérios como *o nível das barreiras à entrada no mercado relevante e o tempo de duração do acordo de exclusividade de vendas*<sup>83</sup>.

Os órgãos de defesa da concorrência dos Estados Unidos tem assim firmado posição quanto à necessidade de proceder a uma avaliação abrangente das características estruturais do mercado relevante e dos termos contratuais dos acordos. Rejeita-se o exame de apenas uma variável, como o índice de fechamento do mercado, para determinar a potencialidade anticoncorrencial da prática de exclusividade de vendas exercidas por uma empresa com poder de mercado<sup>84</sup>.

O precedente na jurisprudência americana no que se refere à divisão de mercado é o caso *Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977)*, no qual foi usada a teoria da razão, admitindo-se a investigação quanto às práticas e aos efeitos antes da condenação *per se*<sup>85</sup>.

A empresa Sylvania terminou a relação contratual com o seu distribuidor Continental por justa causa, uma vez que o distribuidor praticou a revenda em territórios de outros distribuidores autorizados. A Continental por outro lado alegou que a fabricante infringiu a Seção 01 do Sherman Act<sup>86</sup>, uma vez que praticava a

---

<sup>82</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Representante Philip Morris Brasil S.A. e Respresentada Souza Cruz S.A. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D00000504311924.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000504311924.pdf). Acesso em 24.08.2014. p. 20.

<sup>83</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Ob. cit. p. 30.

<sup>84</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Op. cit. p. 33.

<sup>85</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 142.

<sup>86</sup> Section 01: Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court. Tradução livre: Seção 01: Todo contrato, combinação na forma de confiança ou de outra forma, ou

divisão de mercado entre seus distribuidores. A Suprema Corte Americana julgou que a Continental infringiu a Seção 01 quando descumpriu o acordo com a empresa Sylvania<sup>87</sup>.

A Europa, por sua vez, editou o Tratado de Roma em 1957, que estabeleceu a Comunidade Econômica Européia com o objetivo de restringir quaisquer práticas anticompetitivas entre os Estados-membros e os seus agentes econômicos. Recentemente, em 2009, o referido Tratado foi substituído pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Européia, passando a ser a legislação que define as regras das práticas concorrenciais<sup>88</sup>.

É definido como acordo vertical a seguintes práticas, conforme *Considerando n. 03* do Regulamento:

A referida categoria inclui os acordos verticais de compra ou de venda de bens ou serviços quando sejam celebrados entre empresas que não sejam concorrentes, entre certas empresas concorrentes ou que sejam concluídos por certas associações de retalhistas de bens; a referida categoria inclui igualmente acordos verticais que contenham disposições acessórias relativas à atribuição ou utilização de direitos de propriedade intelectual; para efeitos do presente regulamento, a expressão acordos verticais compreende sempre as correspondentes práticas concertadas<sup>89</sup>;

O Sistema Europeu de Antitruste é regulado, portanto, pelo mencionado Tratado, a partir do artigo 81 e seguintes. Há também proteção legal para as práticas, consideradas na teoria anticoncorrenciais, mas que são isentadas de penalidades uma vez que seus efeitos são positivos para o mercado, desde *que contribuam para melhorar a produção ou distribuição de produtos ou para promover o progresso*

---

conspiração, na restrição do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Cada pessoa que fizer qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração declarada como ilegal será considerado culpado de um crime, e, em caso de condenação, deverá ser punido com multa não superior a um milhão de dólares, se uma empresa, ou, se qualquer outra pessoa, em mil dólares ou com pena de prisão não superior a três anos, ou por ambas mencionadas punições, a critério do Tribunal.

<sup>87</sup> HYLTON, Keith N. Ob. Cit. p. 265

<sup>88</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 69 e 70.

<sup>89</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CE) n. 2.790/1999 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. L 336/21. Datado de 29.12.1999. Disponível em: [http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Regulamento\\_CE\\_2790\\_1999.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Regulamento_CE_2790_1999.pdf). Acesso em 18.05.2014.

*técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante*<sup>90</sup>.

A Comissão Europeia poderá elaborar regulamentos específicos que garantem às empresas de certos blocos isenções de penalidade quanto às práticas anticoncorrenciais.

Para obtenção da isenção prevista no art. 81(3), até a edição do Regulamento 01/2003, de 16.12.2002, era necessário que os agentes econômicos partícipes dirigissem-se à Comissão Europeia, dando início a um procedimento administrativo. Nos primeiros tempos da implementação do art. 81(então art. 85 do Tratado de Roma), foram tantos os pedidos de isenção que o órgão não possuía condições materiais para proceder a sua análise. Por essa razão, e também para conferir um maior grau de segurança e previsibilidade aos agentes econômicos, editaram-se vários regulamentos que isentam em blocos (“block exemptions”) algumas categorias de acordos, cujas características demonstram que o prejuízo à concorrência eventualmente causado é suplantado pelos benefícios trazidos ao mercado<sup>91</sup>.

No que se refere aos contratos de distribuição, foi instituído o Regulamento (CE) n° 2.790/1990 da Comissão Europeia, datado de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do artigo 81° (3) do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, o qual possui o seguinte âmbito de atuação:

Considerando que certos acordos verticais podem conduzir a uma melhor coordenação a nível da produção ou da distribuição, o presente regulamento isenta os acordos de fornecimento e de distribuição que incidam sobre bens finais e intermédios, bem como sobre serviços, desde que a quota de mercado cumulada das partes não exceda 30% do mercado em causa. As restrições graves da concorrência (como a fixação de preços, a limitação da produção, etc.) continuarão, em geral, a ser proibidas.

Os acordos que ultrapassem o limiar dos 30% de quota de mercado poderão ser examinados individualmente à luz do disposto no artigo 81° do Tratado CE.

A Comissão ou a autoridade nacional da concorrência, quando se trate de efeitos produzidos no território ou numa parte de um Estado-Membro, podem retirar o benefício da isenção, sempre que

---

<sup>90</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 149.

<sup>91</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 150.

se verifiquem certos efeitos incompatíveis com as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE<sup>92</sup>.

No entanto, as restrições de território não são abrangidos pela isenção tratada em referido regulamento, quando a quota de mercado ultrapassar de 30%, uma vez que, para a Comissão Europeia, a distribuição exclusiva poderá reduzir a concorrência intramarcas, o que poderá ou não ter efeitos prejudiciais ao mercado, conforme esclarecido nas Orientações relativas às restrições verticais:

A «posição dos concorrentes» pode ter um duplo significado. A existência de concorrentes fortes significará em geral que a redução da concorrência intramarcas é compensada por uma concorrência intermarcas suficiente. Contudo, se o número de concorrentes se tornar bastante reduzido e se a sua posição no mercado for bastante semelhante em termos de quota de mercado, capacidade e rede de distribuição, existe um risco de colusão. A eliminação da concorrência intramarcas pode aumentar este risco, especialmente quando vários fornecedores operam sistemas de distribuição semelhantes.

[...]

A exclusão de outros distribuidores não constitui um problema se o fornecedor que opera o sistema de distribuição exclusiva nomear um elevado número de distribuidores exclusivos no mesmo mercado e estes distribuidores exclusivos não forem restringidos de vender a outros distribuidores não nomeados. A exclusão de outros distribuidores pode contudo tornar-se um problema em caso de «poder de compra» e de poder de mercado a jusante, em especial, no caso de territórios muito vastos em que o distribuidor exclusivo se torna o comprador exclusivo num mercado global. Um exemplo seria uma cadeia de supermercados que se torna o único distribuidor de uma marca líder num mercado retalhista nacional de produtos alimentares. A exclusão de outros distribuidores pode ser agravada no caso de representantes exclusivos múltiplos. Esses casos, abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria quando a quota de mercado de cada fornecedor for inferior a 30 %, podem dar origem à verificação negativa da aplicação da isenção por categoria<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> \_\_\_\_\_. **Acordos de fornecimento e de distribuição.** Site Europa – Sínteses da Legislação da UE. Disponível em: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/l26060\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26060_pt.htm). p. 35. Acesso em 27.07.2014.

<sup>93</sup> \_\_\_\_\_. **Orientações relativas às restrições verticais.** Órgão de Fiscalização da EFTA. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Data de 23.05.2002. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2002C0523\(02\)&qid=1406465555225&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2002C0523(02)&qid=1406465555225&from=EN). p. 35. Acesso em 27.07.2014.

O referido documento ainda menciona no *Considerando n. 08* que, para os casos de fornecimento exclusivo, deve-se considerar a *quota de mercado do comprador* e não do fornecedor, uma vez que somente assim será possível verificar os efeitos restritivos do acordo vertical no mercado.

Um acordo é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais significativos quando pelo menos uma das partes tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite às partes explorarem esse poder de mercado.

[...]

É importante reconhecer que as restrições verticais podem ter efeitos positivos, nomeadamente, pelo facto de promoverem outros tipos de concorrência que não a nível dos preços e melhorarem a qualidade dos serviços. O ganhos de eficiência são, em geral, mais fortes nas restrições verticais de duração limitada, que contribuem para a introdução de novos produtos complexos, protegem investimentos específicos a uma relação contratual ou facilitam a transferência de conhecimentos<sup>94</sup>.

A orientação da União Europeia estabelece a quota de 30% do mercado (“market share”), devendo, no entanto, serem observadas outras restrições prejudiciais para caracterizar o efeito anticoncorrencial dos acordos verticais.

De forma geral, a legalidade da prática depende da análise de vários fatores: (i) natureza do produto; (ii) “market share”; (iii) características da eventual rede de distribuição na qual o contrato se insere; (iv) força da proteção territorial e (v) possibilidade de importações paralelas<sup>95</sup>.

O sistema europeu esclarece que serão necessárias averiguações quanto (i) à maturidade do mercado, ou seja, a distribuição exclusiva não criará efeitos tão negativos em mercados ainda em crescimento, uma vez que a posição do fabricante quanto à sua quota de mercado está em constante alteração, pois ainda não está consolidada; (ii) à combinação entre a marca única e a distribuição exclusiva, ou seja, o distribuidor exclusivo não poderá revender produtos semelhantes de concorrentes do fabricante, o que poderá ser competitivo para o mercado uma vez que haverá dedicação exclusiva a uma marca, desde que isso não produza um fechamento

<sup>94</sup> \_\_\_\_\_. **Orientações relativas às restrições verticais**. Site Síntese da Legislação da UE. Disponível em: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/cc0007\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0007_pt.htm). Acesso em 18.05.2014.

<sup>95</sup>FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 233.

significativo do mercado de forma a gerar discriminação de preços; (iii) à combinação entre compra exclusiva e distribuição exclusiva, ou seja, o distribuidor deverá adquirir os produtos da revenda somente do fabricante, impedidos ainda de comprar de outros distribuidores. Referida prática possivelmente não será objeto de isenção, tendo em vista que há elevados riscos de reduzir a concorrência intramarcas e partilhar o mercado, impactando diretamente na discriminação dos preços; (iv) aos investimentos necessários a serem feitos, por exemplo, em caso de produtos complexos, visando incentivar e garantir aos distribuidores a exclusividade de atuação em certo território e consequentemente, retorno dos valores despendidos.

A União Européia, diferentemente da Norte Americana, tem uma abordagem mais restrita com relação a divisão de mercado nos contratos de distribuição, conforme visto acima.

O Brasil adotou a Teoria dos Efeitos, conforme artigo 2º da Lei Antitruste, pela qual será condenada a empresa que gerar qualquer efeito anticompetitivo, ainda que a prática não tenha ocorrido no país.

Veja-se que, de acordo com a teoria dos efeitos, o país de origem das empresas é irrelevante para a devida aplicação da legislação antitruste. Dessa forma, as leis nacionais de defesa da concorrência devem ser aplicáveis tanto às empresas estrangeiras, como também às empresas nacionais, quando seu comportamento prejudicar a livre concorrência do país<sup>96</sup>.

Conforme mencionado em parecer da Secretaria de Direito Econômico, no Brasil, a teoria da razão é tem sido aplicada nos casos que envolvem cláusula de exclusividade, não sendo considerada referida prática como ilícita *per se*.

A posição manifestada pelo Conselheiro José Matias Pereira no PA n°. 30/92 bastante elucidativa de como o CADE entende essa questão:

“entendo que a legalidade das cláusulas de exclusividade deve ser analisada e julgada sob o enfoque da razoabilidade ou regra da razão. Ou seja, a partir da utilização de critérios que indiquem que a necessidade da cláusula de exclusividade corresponde a um interesse legítimo do concedente ou franqueador e não prejudica o mercado consumidor”<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. Cit. p. 72.

<sup>97</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Op. Cit. p. 34.

### **CAPÍTULO 3: A LINHA TÊNUE ENTRE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NA DISTRIBUIÇÃO E A DIVISÃO DE MERCADO COMO UMA RESTRIÇÃO VERTICAL**

#### **3.1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA**

Conforme abordado no Capítulo 1, a exclusividade territorial no contrato de distribuição é uma condição legalmente possível e poderá ser requisito obrigatório para a parceria entre fabricante e distribuidor, tendo em vista as vantagens para o negócio.

Como estratégia comercial, o fabricante poderá estruturar sua rede de distribuidores, dividindo o mercado entre eles, sob o critério territorial, gerando uma concorrência *intramarca*.

Limiting where and what products a dealer can sell can hinder competition by carving up a geographic market or by foreclosing competing product brands from a key distribution route. At the same time, guaranteeing a dealer that other dealers will not compete within a certain area provides the dealer with an incentive to promote the product, which can increase competition between products<sup>98</sup>.

A depender das características e dos efeitos no mercado da conduta do fabricante e do distribuidor, o acordo vertical de divisão do território poderá configurar uma restrição do ponto de vista do direito concorrencial, possibilitando, desta forma, a intervenção estatal nas relações privadas uma vez que seus efeitos impactam a coletividade.

Conforme tratado no Capítulo 2, o CADE, órgão brasileiro responsável, irá analisar a prática e os efeitos gerados pela cláusula de exclusividade territorial no contrato de distribuição, especialmente, quanto aos critérios de participação no

---

<sup>98</sup> HAHN, Robert W. Ob. Cit. Tradução livre: Limitando onde e quais produtos um revendedor poderá vender pode impedir a concorrência pela divisão geográfica de um mercado geográfico ou pelo impedimento de venda de marcas concorrentes do mesmo produtos a partir de uma rota de distribuição chave. Ao mesmo tempo, garantindo a um revendedor que outros comerciantes não irão competir com ele dentro de uma determinada área proporciona ao revendedor um incentivo para promover o produto, o que pode aumentar a concorrência entre os produtos.

mercado do distribuidor, os objetivos da prática da conduta, as consequências e os efeitos de referida prática para o mercado e para as Partes.

O sistema jurídico brasileiro prevê *mecanismos jurídicos que permitem a realização de práticas cujos efeitos concorrenciais restritivos são superados pelas eficiências*<sup>99</sup>.

Caso caracterizada a restrição vertical pela exclusividade territorial, as penalizações da Lei Antitruste deverão ser aplicadas, após o devido processo legal e condenação pelas autoridades do CADE. A prática será restringida ou cessada, uma vez que configurada a limitação à livre concorrência de terceiros e infração à Ordem Econômica, sobrepondo-se, portanto, aos princípios contratuais *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade e equilíbrio contratual das partes.

As partes envolvidas no contrato devem se atentar para que os efeitos gerados não configurem uma restrição vertical, causando impactos relevantes na concorrência do produto e práticas ilegais no mercado.

### **3.2. CASO DE RESTRIÇÃO VERTICAL NO BRASIL: MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA.**

Para melhor retratar a questão abordada neste trabalho, insta destacar o processo administrativo, instaurado em 13.04.1999, pela Secretaria de Direito Econômico em face da Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda., em razão de uma denúncia feita por uma empresa revendedora de produtos da Microsoft, IOS Informática Organização e Sistemas Ltda. que alegou monopólio de venda de produtos da Microsoft ao governo federal.

A apuração do SDE com relação às práticas da Microsoft se resume em (i) divisão de mercado de distribuição; (ii) dificultar o funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente no mercado de distribuição; (iii) romper relações comerciais por recusa da outra parte em aceitar condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais e (iv) impor preços excessivos.

Com relação à TBA, que era um distribuidor exclusivo, as práticas apuradas foram: (i) limitar ou dificultar a atuação de empresa concorrente no mercado

---

<sup>99</sup> FORGIONI, Paula A. Op. Cit. p. 138.

de distribuição; (ii) combinar preços e (iii) impor preços excessivos.

No que se refere à exclusividade territorial, a TBA alegou:

Que a restrição territorial seria legítima e que outras empresas de informática teriam possibilidade técnica e viabilidade econômica para concorrerem no mercado de produtos e serviços de informática com produtos similares.

[...]

Que o sistema de credenciamento da Microsoft e sua operacionalização pela TBA geraram efeitos líquidos não negativos aos consumidores e que não praticou qualquer conduta ilegal ou abusiva<sup>100</sup>.

No parecer final do SDE, é ressaltado que o produto em questão é praticamente insubstituível, tendo em vista que a grande maioria das empresas e pessoas utiliza-se de referido software. Assim, a troca ou substituição do sistema operacional do computador, além de ser custosa (em razão de adquirir novo software e base de hardware, assim como treinamento), também não ocorrerá em um prazo razoável e competitivo. Essa situação é denominada “lock in”.

Os custos acima mencionados dificultam a troca de softwares pelos consumidores, criando barreiras à entrada de novas empresas. Na literatura, tal situação é denominada como lock-in, isto é, após a escolha de determinado produto, o consumidor fica preso a esse produto, enfrentando dificuldades – às vezes intransponíveis – de sua substituição em um prazo razoável<sup>101</sup>.

Partindo desse pressuposto, o SDE afirma que será configurado o mercado relevante dos produtos Microsoft, de modo que esse requisito é atendido para prosseguir com a análise da infração econômica, uma vez que “seus atos podem alcançar os efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94”<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&cad=rja&uact=8&ved=0CCIQFjABOAO&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fsal%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B5CBBC518-F1DE-4F14-A69A-8263A6C8E653%257D%26ServiceInstUID%3D%257B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%257D&ei=J4WnU7PBB8bJsQSS3YGQDw&usg=AFQjCNFe98nJjOd5D3SJ9oB36XXutTZQuQ>. p. 07 e 10. Acesso em 22.06.2014.

<sup>101</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Ob. Cit. p. 23.

<sup>102</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 28.

O poder de monopólio detido pela Microsoft no mercado dos EUA garante à Microsoft, conforme explicitado nas decisões do Tribunal de Apelações dos EUA, o poder de controlar preços, excluir a concorrência e aumentar os preços acima dos níveis concorrenciais<sup>103</sup>.

Conclui ainda que “a dinâmica concorrencial do mercado de softwares é essencialmente intramarca”<sup>104</sup>.

Em seguida, com relação a divisão de mercado, a SDE conclui que:

A divisão do mercado de distribuição e revenda consiste na criação de limitações territoriais à atuação dos LARs que, atualmente, têm sua ação restrita à Unidade da Federação na qual cada um está sediado. A limitação do acesso a empresas adquirentes dá-se pela divisão territorial supracitada e pela manipulação de critérios de credenciamento. A restrição do acesso a empresas concorrentes, por sua vez, dá-se pela forma adotada pela Microsoft no seu contrato corporativo Select. A combinação de preços e vantagens em concorrência dar-se-ia pela combinação entre as representadas, culminando na existência de carta de exclusividade e conseqüente monopólio da empresa TBA. O rompimento de relações comerciais consistiria no descenciamento da empresa IOS após a mudança ex post nos critérios de habilitação. Por fim, a imposição de preços excessivos estaria verificada na assinatura de contratos com valores superiores aos que seriam praticados em um ambiente de livre-concorrência.

[...]

O argumento levantado pela representada é que tal restrição não constituiria infração à ordem econômica, sendo uma decisão meramente comercial da empresa.

A conseqüência mais visível dessa restrição territorial para o presente processo é que o Governo Federal, o Governo do Distrito Federal e a maioria dos órgãos nos três Poderes se vêem restringidos em sua liberdade de escolha e, por isso, muitas vezes são obrigados a despender mais recurso por um mesmo produto. Revendas corporativas situadas em outras Unidades da Federação são impossibilitadas de oferecer os produtos Microsoft e os serviços de suporte em uma concorrência pública. Há, ainda, que se considerar que clientes em todo o território nacional também se vêem tolhidos em seu direito de escolha, pois apenas revendedores de sua área podem oferecer produtos, mesmo havendo condições e preços melhores a ser oferecidos por LARs de outras regiões.

[...]

Nos contratos públicos, a preocupação da administração no que se refere à restrição territorial é clara. O legislador sabia que limitações

---

<sup>103</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 24.

<sup>104</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 27.

dessa ordem têm o efeito de reduzir a competição entre os agentes do mercado, que, numa licitação, deseja-se que seja máxima, em benefício da Administração.

[...]

As características do mercado em análise reforçam a ilicitude das ações realizadas pela Microsoft. Como visto na seção anterior, a concorrência no mercado de venda de softwares é essencialmente intramarca.

[...]

As limitações territoriais definidas pela Microsoft enquadram-se na categoria de restrições verticais que, em decorrência da estrutura de mercado, trazem prejuízos à concorrência e aos consumidores. A análise a seguir, acerca dos critérios de credenciamento, aborda uma segunda faceta das restrições verticais impostas pela Microsoft, complementando o exame realizado com relação às limitações territoriais<sup>105</sup>.

A Microsoft alegou que a forma de dividir o mercado dos seus distribuidores não era negociável, tratando-se de sua política mundial e estratégia. Afirmou ainda que:

As eficiências alegadas pelas representadas referem-se ao estímulo ao investimento em conhecimento do mercado e à proteção contra o problema do carona em publicidade, promoções e esforços pré-venda<sup>106</sup>.

O SDE avaliou se o acordo vertical em referência superaria os efeitos anticompetitivos de modo a ser garantido à Microsoft continuar com a prática. No entanto, entendeu que se tratam de “efeitos nefastos de tal sistema de distribuição”<sup>107</sup> e destacou com base na justificativa apresentada pela empresa:

As eficiências alegadas pelas representadas não são, portanto, capazes de superar as perdas de bem-estar sociais geradas pelo atual sistema de revenda utilizado pela Microsoft<sup>108</sup>.

Outra prática analisada no processo administrativo em questão foi os critérios usados pela Microsoft para estabelecer seus distribuidores credenciados. Nesse sentido, a Microsoft contestou, afirmando que os critérios são “prerrogativas da

<sup>105</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 29 a 33.

<sup>106</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 34.

<sup>107</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 35.

<sup>108</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 34.

empresa” e que não caberia “intervenção governamental” nesse aspecto<sup>109</sup>.

O SDE fundamenta sua opinião citando:

A esse respeito, Shapiro e Varian (1999, p. 303) afirmam que “the first rule to bear in mind is that monopolists are prohibited from employing certain strategies, even if the very same strategies are widely used and perfectly legal when employed by firms facing more competition<sup>110</sup>”.

Conforme já ressaltado neste estudo:

As restrições verticais por fatores não-preço deixaram, há tempos, de ser vistas como infrações absolutas à concorrência. Sua análise, portanto, deve ser pautada pelos critérios de razoabilidade. Tal flexibilidade na análise, contudo, não é salvaguarda para a prática indiscriminada de restrições verticais que afetem negativamente a concorrência e o consumidor.

[...]

Para tanto, as características do mercado em análise, o poder de mercado da empresa que está impondo as restrições e, também, os poderes de contestação detidos pelos concorrentes são cruciais para a legitimação – ou não – da intervenção estatal<sup>111</sup>.

É ressaltado ainda que a análise da prática, caracterizada como restrição vertical, está condicionada à existência de uma concorrência intermarcas eficiente.

Todas as jurisdições pesquisadas, embora não tratem as restrições verticais como infrações absolutas, condicionam sua legalidade à presença de uma concorrência intermarcas efetiva<sup>112</sup>.

Tendo em vista o argumento trazido pela Microsoft no sentido de que o distribuidor é selecionado de maneira estritamente qualitativa, forma esta aprovada pela legislação da Comissão Européia, a SDE destaca em seu parecer as 04 modalidades de distribuição, dentre elas (i) distribuição exclusiva; (ii) compra exclusiva; (iii) franquia; e (iv) distribuição seletiva qualitativa ou quantitativa, destacando que a distribuição seletiva quantitativa tem mais restrições.

---

<sup>109</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 35.

<sup>110</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 36.

<sup>111</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 36 e 37.

<sup>112</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 41.

Os sistemas seletivos quantitativos de escolha dos representantes, por outro lado, são vistos com maiores restrições pelo órgão antitruste Comunitário. Nesses casos, a Comissão (2000, § 187) indica que “[a] ‘posição de mercado do fornecedor e dos seus concorrentes’ tem uma importância capital para avaliar os eventuais efeitos anticoncorrenciais, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas apenas pode causar problemas se a concorrência intermarcas for limitada”. Desta forma, prossegue a Comissão, “[os] ‘obstáculos à entrada’ são particularmente importantes no caso de encerramento do mercado aos representantes não autorizados” (§ 190)<sup>113</sup>.

Nesse sentido, destacou que, apesar de alegar tratar-se de uma distribuição seletiva qualitativa, os critérios utilizados e comprovados para seleção eram na realidade quantitativos, com números elevados e injustificáveis de revenda, assim como definição mínima de performance não divulgada, ficando claramente configurado o controle indireto dos distribuidores exclusivos, o que causa prejuízos ao mercado e aos consumidores.

A possibilidade de controle subjetivo do número de vendas é o principal instrumento para o ajuste de vantagens entre o fabricante e seus distribuidores (no caso, Microsoft e TBA) que, como será visto em seção específica deste parecer, efetivamente ocorreu entre as representadas<sup>114</sup>.

Restou comprovado ainda pelo órgão que as práticas da Microsoft e TBA resultaram nos efeitos anticoncorrencial, especialmente por estabelecer a exclusividade do distribuidor TBA, conforme critérios mascarados pela Microsoft:

A manipulação dos critérios de credenciamento por parte da representada Microsoft teve por objeto, ou pelo menos resultou na eliminação da concorrência nas vendas de software para o governo. Após o aumento ex post das exigências para credenciamento de vendas, a Microsoft garantiu o monopólio de sua revenda TBA para as vendas para todo o governo federal e para o governo do Distrito Federal.

A formalização desse ajuste de vantagens deu-se, inclusive, por meio da concessão de carta de exclusividade à empresa TBA e, posteriormente, por meio do credenciamento da empresa TBA como Direct Lar (classificação que, por muito tempo, foi exclusiva da TBA no Brasil). A partir deste ajuste de vantagens, as representadas passaram a ter benefícios que, como em um jogo de soma zero, são

<sup>113</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 39.

<sup>114</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 44.

diretamente proporcionais às perdas sofridas pelos clientes localizados no Distrito Federal<sup>115</sup>.

Diante desse cenário, a SDE conclui que o distribuidor exclusivo TBA, além da possibilidade de aumento significativo de venda, poderia definir preços mais elevados, uma vez que não tinha concorrente. Referida situação foi garantida pela Microsoft que “garantiu a possibilidade de auferir maiores margens de lucro, seja por meio da exclusão de distribuidores na cadeia de venda do produto, seja por meio de maiores margens resultantes da prática de preços supracompetitivos”<sup>116</sup>.

A prática de auferir vantagens recíprocas foi classificada como uma infração econômica, conforme art. 20, I, III e IV c/c art. 21, VIII da Lei n. 8.884/94.

No mais, foi julgada também a prática discriminatória da Microsoft que estabeleceu critérios injustificáveis e anticoncorrenciais contra o até então distribuidor IOS, o qual foi responsável pela denúncia. Tendo em vista que a Microsoft tinha conhecimento dos números de faturamentos, poderia estabelecer um critério de metas que somente o distribuidor TBA poderia conquistar e manter a sua exclusividade no território.

Com relação a TBA, o órgão apontou que, apesar da empresa ser “designada com exclusividade pela Microsoft do Brasil a atender clientes Corporativos Governamentais”, conforme mencionava em suas propostas de licitação, também fazia-se passar como exclusiva revendedora de serviços de treinamento, assistência técnica e manutenção, os quais estariam inclusos nos preços dos produtos adquiridos, o que comprovou-se não ser verdade. A TBA causou, portanto, grandes prejuízos para o erário público, uma vez que, teoricamente, não havia licitação por falta de concorrente, razão pela qual foi concluída pela prática de infração econômica conforme art. 20, I, II e IV c/c art. 21, IV e V, ambos da Lei nº 8.884/94.

Com esse ajuste de vantagens, a TBA garantiu a possibilidade de vender uma quantidade maior de produtos a preços potencialmente ainda mais elevados, visto que não mais haveria concorrentes para o exercício da concorrência. Do mesmo modo, a Microsoft garantiu a possibilidade de auferir maiores margens de lucro, seja por meio da exclusão de distribuidores na cadeia de venda do produto, seja por meio de maiores margens resultantes da prática de preços

---

<sup>115</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 47.

<sup>116</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 48.

supracompetitivos.

Enquanto as vantagens obtidas pela TBA são facilmente perceptíveis, as vantagens auferidas pela Microsoft somente são compreendidas após a análise detalhada do sistema de distribuição da Microsoft<sup>117</sup>.

Restou comprovado para a SDE de que as práticas das empresas Microsoft e TBA são prejudiciais à concorrência. Os critérios de credenciamento de um distribuidor pela Microsoft em conjunto com a divisão territorial da atuação dos mesmos contribuíram para gerar um monopólio “artificial”, conforme mencionado no parecer.

A inexistência de uma concorrência intermarcas efetiva, frente aos produtos Microsoft, torna as restrições à concorrência intra-marca promovidas pela representada enquadráveis no disposto pelo artigo 20, I, da Lei nº 8.884/94. A limitação territorial – que não tem justificativa em critérios técnicos – imposta à atuação dos LARs efetivamente limitou e falseou a concorrência no mercado de vendas corporativas de software, particularmente no Distrito Federal.

[...]

O estabelecimento de critérios ex post para renovação do credenciamento das revendas também tem sido usado pela representada, a partir do exercício abusivo de sua posição dominante, gerando distorções no mercado. Esses critérios de credenciamento têm garantido à representada o poder de falsear a concorrência, permitindo que apenas uma empresa operasse no mercado do Distrito Federal por um longo período.

[...]

Portanto, o conjunto das práticas da Microsoft constitui infração à ordem econômica, enquadrando-se nas condutas previstas pela Lei nº 8.884/94 em seu art. 20, I, III e IV c/c art. 21, III, IV, V, VIII, XIV e XXIV.

[...]

A representada TBA utilizou-se de forma indevida de sua exclusividade no campo de revenda corporativa de softwares para induzir ou tentar induzir seus clientes a dispensar as licitações públicas para a contratação de serviços, sob um falso argumento de exclusividade. Por meio dessa prática, a representada TBA conseguiu dominar o mercado relevante de bens e serviços por motivos outros que não a sua maior eficiência.

[...]

Assim, conclui-se pela caracterização da infração contra a ordem econômica conforme acima exposto, opinando-se pela condenação das representadas, com a consequente aplicação de multa, eliminação definitiva das restrições territoriais impostas às revendas da Microsoft, publicação de extrato da decisão final em jornal de grande circulação, bem como outras providências que o CADE

---

<sup>117</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 64.

julgar necessárias para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, conforme disposto pelo art. 24, I e V, da Lei 8.884/94<sup>118</sup>.

O caso foi o pioneiro no Brasil no que se refere a uma transação judicial entre as Partes e o CADE, encerrando o processo mediante o pagamento de uma multa reduzida e cessão de atividades pela a representada.

O caso pioneiro no Brasil de transação judicial na defesa da concorrência foi o processo envolvendo a Microsoft e TBA, ocorrido em 2006. Os termos do acordo foram o pagamento, pelas empresas, de 80% do valor das multas - cerca de R\$ 5 milhões -, a desistência das ações judiciais propostas em razão da condenação administrativa e o fim da obrigação de publicação e de inscrição. Com a transação, pôs-se um ponto final em um caso que se arrastava durante oito anos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e que perduraria outras tantos anos no âmbito judicial até alcançar o trânsito em julgado<sup>119</sup>.

### **3.3. CASO DE REPRESENTAÇÃO AO CADE REFERENTE À PRÁTICA DE CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE DE VENDA: PHILIP MORRIS BRASIL S.A x SOUZA CRUZ S.A.**

Trata-se de uma representação da empresa de cigarros Philip Morris Brasil S.A. ao CADE contra a empresa concorrente Souza Cruz S.A., a qual celebrou contratos com cláusula de exclusividade de vendas de cigarros com pontos de vendas e atacadistas, mas também com um distribuidor<sup>120</sup>.

Para a representante, a prática de celebrar contratos com cláusula de exclusividade de vendas e merchandising é uma infração à ordem econômica, uma vez que os efeitos dessa prática são o fechamento de dos principais canais de distribuição, bem como *ergue barreiras artificiais à entrada de concorrentes potenciais, à medida que eleva seus custos de distribuição*<sup>121</sup>.

Interessante destacar o item II do Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo n°. 08012.003303/98-25, em questão, no qual se esclarece

<sup>118</sup> Parecer SDE. Processo Administrativo n° 08012.008024/98-49. Op. Cit. p. 85 a 88.

<sup>119</sup> \_\_\_\_\_. **Defesa da Concorrência no Judiciário. Coleção SDE/CADE 05/2010.** 1ª ed. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/defesa%20da%20concorrência.pdf>. Acesso em 21.07.2014.

<sup>120</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Op. Cit. p.01

<sup>121</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Op. Cit. p.05.

qual a ordem de tópicos que serão analisados pelo órgão para que esse possa proferir sua decisão. Nesse sentido, informa que primeiramente é necessário definir o mercado relevante e suas dimensões, assim como a participação no mercado das empresas. Depois, serão analisadas as características estruturais do mercado com o objetivo de averiguar os eventuais efeitos anticoncorrenciais da prática.

Pelas próprias características do mercado de venda de cigarro, considerando-se a abrangência no território nacional, bem como que se trata de um vício dos consumidores, foi defendido pela SDE a análise do mercado relevante em macrorregiões como São Paulo e Rio de Janeiro. Ficou caracterizado que a política da Representada em locais de maiores concentrações, como shoppings e aeroportos, era mais agressiva de exclusividade. Ou seja, o efeito da exclusividade nesses locais irá gerar um desconforto ao consumidor *viciado*, o qual teria que sair das dependências dos shoppings e aeroportos para comprar cigarros nas proximidades.

A distribuição do cigarro pelo parceiros comerciais é de suma importância para os fabricantes, tendo em vista a comodidade buscada pelo consumidor, bem como pelo baixo valor do produto. O consumidor, portanto, não irá se deslocar grande distâncias para comprar o cigarro.

Dessa forma, uma rede de distribuição de cigarros eficiente e capilar é essencial a competitividade no mercado de cigarros e se constitui numa importante barreira à entrada de novos fabricantes no setor<sup>122</sup>.

A SDE ainda afirma que os investimentos na publicidade e na rede de distribuição do cigarro são fatores que geram barreiras à entrada de concorrentes no mercado, tendo em vista os altos custos envolvidos. Nesse sentido, é fato que a Representada Souza Cruz tem um poder maior de mercado, sendo sua participação de mais de 65% em todas as regiões do Brasil, o que para a SDE é determinante para configuração de efeitos anticoncorrenciais na prática de exclusividade da Representada, causando danos à concorrência do produto<sup>123</sup>.

Especialmente com relação ao distribuidor exclusivo nomeado pela Souza Cruz, a SDE emitiu o seu parecer no sentido de que não há efeitos negativos para o mercado:

---

<sup>122</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Op. Cit. p. 20.

<sup>123</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo n°. 08012.003303/98-25. Op. Cit. p. 25 e 26.

No tocante à exclusividade de vendas em distribuidores de cigarros, cabe observar que o cigarro é um produto relativamente fácil de ser transportado, não existindo condições especiais de armazenamento (não é perecível, não é quebrável, etc.) e podendo ser distribuído juntamente com outros produtos. Disso decorre uma relativa facilidade para as empresas fabricantes de cigarros de contratar distribuidores no mercado. A prática de exclusividade de vendas da representada em um distribuidor de cigarros não é assim capaz de afetar a concorrência<sup>124</sup>.

A Representada, ao final do processo, assinou um Acordo de Cessação de Prática, uma vez que se concluiu que houve efeitos anticoncorrencias na conduta de se estabelecer exclusividade nos pontos de vendas estratégicos. Apesar desse não ser o principal objeto abordado neste trabalho, o seu estudo é de estrema contribuição para enfatizar o procedimento de análise do órgão de defesa da concorrência brasileira no sentido de analisar os efeitos da conduta a partir de critérios pré-estabelecidos, especialmente para que a fabricante possa definir sua política de distribuição, sem gerar efeitos negativos à concorrência.

#### **3.4. EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL SOB O ASPECTO DO DIREITO CIVIL**

Do ponto de vista do direito contratual, a exclusividade territorial poderá ser objeto de uma discussão jurídica, especialmente no que se referir a produtos importados. Como questão prática, destaca-se novamente o Recurso Especial nº 930.491 - SP (2007/0045740-0) que tratou sobre a disputa entre a fabricante e dois distribuidores exclusivos e autorizados de charutos cubanos no Brasil contra uma tabacaria que comercializa o mesmo produto e o adquire de importadoras por meios comprovadamente lícitos, mecanismo esse conhecido na doutrina como Importação Paralela. As autoras requereram a proibição da venda dos charutos pela tabacaria, uma vez que alegam possuir a exclusividade na comercialização no território brasileiro, bem como que a venda configura infração ao art. 132, III da lei n. 9.279/96.

A exclusividade territorial é uma condição negociada entre fabricante e distribuidor, a depender da estratégia comercial definida. Conforme mencionado no

---

<sup>124</sup> Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo nº. 08012.003303/98-25. Op. Cit. p. 35.

Capítulo 01, ambas as partes contratuais terão vantagens e desvantagens ao estabelecer a divisão de território para a comercialização do produto, sendo a base para a estruturação da rede de distribuidores.

Ocorre que outra empresa poderá, por meios lícitos, importar o produto, o qual o distribuidor nomeado tem exclusividade na revenda no território. Nestes casos, há uma discussão jurídica quanto a garantir a exclusividade do distribuidor e como consequência infringir o direito à livre concorrência. De um lado, é obrigatório o respeito aos princípios constitucionais, como o da livre iniciativa e concorrência e de outro o mercado importante da distribuição, parceria esta necessária para o desenvolvimento das empresas, respeitando-se os princípios gerais dos contratos, conforme legislação civil brasileira.

A Importação Paralela é um tema que ficou conhecido no mundo jurídico após o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça dos recursos interpostos pela proprietária das marcas “Johnie Walker”, “White Horse” e “Black & White” no Brasil e sua distribuidora exclusiva, DIAGEO BV Ltda. e DIAGEO Brasil Ltda., respectivamente, contra a empresa GAC, a qual importava os produtos para revenda no país.

É interessante destacar referido tema, tendo em vista que se parte do pressuposto da existência de exclusividade territorial do distribuidor. Ou seja, reforça-se a possibilidade de o fabricante definir sua política de distribuição de produtos mediante a negociação de cláusula de exclusividade, ou divisão de mercado.

No acórdão do mencionado processo de importação e revenda de charutos cubanos, o relator Ministro traz o conceito de Importação Paralela, conforme alguns doutrinadores nacionais e internacionais.

Às importações paralelas – internacionais – dirige-se HELENA CÂNDIDA LISBOA GAEDE, conceituando-as como "aquelas efetuadas por cidadãos ou sociedades por sua conta ou por conta de terceiros, fora dos circuitos de distribuição exclusiva ou seletiva, por um território nacional, de produtos legitimamente comercializados em outro território, seja pelo titular do direito de propriedade intelectual ou outros direitos associados à fabricação, à comercialização e/ou identificação de produtos, seja por qualquer outra pessoa, com o consentimento ou a autorização do titular". Também conhecida como graygoods ou graymarket, diferencia-se a importação paralela da contrafação de produtos, por se tratar de produtos originais, comercializados legitimamente em outro

território, diferenciando-se das importações autorizadas pelo titular dos direitos de Propriedade Intelectual, por ser efetuada fora da rede exclusiva de distribuidores". ("Importação paralela e concorrência desleal", Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. n. 83, jul/ago 2006. p. 45)<sup>125</sup>.

Os demais países tem entendimentos diversos com relação ao tratamento da Importação Paralela, trazendo restrições em sua legislação, especialmente quanto aos direitos de propriedade industrial.

A opção pelo maior ou menor grau de permissão ou restrição no tocante à importação paralela situa-se no âmbito das forças da economia e do mercado nacional, cuja legislação pondera as diversas implicações e consequências da opção, segundo o próprio interesse do Estado. A respeito, PAULA A. FORGIONI explica que "os direitos de propriedade industrial podem ser utilizados de forma a impedir ou dificultar a importação/paralela de produtos. É preciso deixar bem claro, no entanto, que esse uso será ou não permitido por cada ordenamento jurídico conforme a política adotada (i.e., de acordo com o interesse tomado como digno de tutela jurídica" p. 217)<sup>126</sup>.

No Brasil, destacamos a Lei de Propriedade Intelectual, n. 9.279 de 1996, que determina no artigo 132, inciso III que não poderá o titular da marca impedir a comercialização do produto, após coloca-lo no mercado interno. Destaca-se que é obrigatória a autorização do titular da marca para iniciar a comercialização do seu produto, tendo em vista a necessidade do seu consentimento.

Nesse sentido, o Ministro destaca no acórdão:

E MARISTELA BASSO, em outro escrito, ressalta que "O inciso III é uma das importantes inovações introduzidas pela LPI a respeito de um tema que exigia tratamento legal, haja vista os conflitos gerados pelo que se convencionou chamar de 'importação paralela', ou 'mercado cinza' (gray-market)", realçando que "a partir da nova LPI, o titular da marca não pode impedir a livre circulação de produto colocado no 'mercado interno' com 'o seu consentimento' e com isso foi introduzido no sistema brasileiro o conceito de

---

<sup>125</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.249.718 - CE (2011/0048434-5). Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 12 de Março de 2013. Relatório e Voto do Ministro. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20934370&sReg=201100484345&sData=20130312&sTipo=51&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20934370&sReg=201100484345&sData=20130312&sTipo=51&formato=HTML). Acesso em 10.05.2014.

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.249.718 - CE (2011/0048434-5). Ob. Cit.

exaustão dos direitos sobre a marca, segundo o qual, após a primeira venda do produto no mercado interno (nacional), o direito sobre a marca se esgota, de modo que o titular da marca não poderá mais invocar o direito de exclusividade para impedir as vendas subseqüentes” (...), ou seja, “no que diz respeito aos limites no exercício dos direitos de marca, o Brasil incorporou o conceito de exaustão de direitos em nível nacional, com expressa ressalva das situações previstas nos §§ 3o e 4o do art. 68 da LPI”, de forma que, “segundo esse princípio, uma vez comercializado legalmente o produto marcado no mercado interno (nacional), o titular da marca não pode controlar as operações de venda ou uso subseqüentes à primeira venda”, sendo por isso que “o princípio também é chamado de doutrina da primeira venda (first sale doctrine), uma vez que os direitos de exploração comercial sobre um determinado produto extinguem-se a partir da sua primeira venda no mercado interno” (“A Importação Paralela e o Princípio da Exaustão. Especial Referência às Marcas”, em “Ensaio sobre o Direito Imaterial – Estudos Dedicados a Newton Silveira”, Org. KARIN GRAU KUNZ e DENIS BORGES BARBOSA, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 204)<sup>127</sup>.

Trata-se, portanto, de uma forma de comercialização no mercado brasileiro por empresas terceiras, as quais não foram nomeadas exclusivas para revenda de certo produto pelo fabricante.

Partindo da análise dos argumentos utilizados nos últimos julgados sobre os limites da exclusividade de um distribuidor em certo território e os princípios constitucionais da livre concorrência frente à comercialização de um certo produto por terceiros, alheios ao contrato de distribuição por exclusividade, no mesmo território, mediante meios comprovadamente lícitos, conclui-se que cada caso deverá ser analisado separadamente, conforme os critérios definidos pelo órgão de defesa da concorrência brasileira, quando se tratar de eventuais efeitos anticoncorrenciais, ou conforme normas de direito civil e jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

---

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.249.718 - CE (2011/0048434-5). Op. Cit.

## CONCLUSÃO

O principal foco deste trabalho foi tratar de polêmicas jurídicas quanto a garantia e validade da cláusula de exclusividade no contrato de distribuição, sob o ponto de vista do direito concorrencial, com embasamento nos princípios constitucionais que estruturam a Ordem Econômica, conforme previsto na Constituição Federal Brasileira, em especial o da livre concorrência e da livre iniciativa.

A legislação brasileira autoriza a celebração de um contrato de distribuição com cláusula de exclusividade, existindo previsão legal nesse sentido. Referido contrato poderá configurar uma restrição vertical, caso configurada uma infração à ordem econômica, a depender da participação do distribuidor no mercado, assim como os objetivos da prática da conduta, as consequências e os efeitos de referida prática para o mercado e para as partes contratantes (fabricante e distribuidor).

Em seguida, embasado no estudo dos princípios constitucionais, foram tratados também de casos jurisprudências, como da Microsoft e da Souza Cruz, para compreender o procedimento e os critérios adotados pelo órgão de defesa da concorrência brasileira para o julgamento dos casos de acordos verticais, ficando clara a aplicação da teoria da razão ao invés da condenação pela conduta *per se*.

Conforme é possível ainda verificar mediante a análise feita dos julgados dos Tribunais brasileiros, como por exemplo a disputa entre a fabricante e dois distribuidores exclusivos e autorizados de charutos cubanos no Brasil contra uma tabacaria que comercializa o mesmo produto e o adquire de importadoras por meios comprovadamente lícitos, conhecida como importação paralela, o Superior Tribunal reforçou não haver infração na importação de produtos por meios lícitos, ainda que exista exclusividade territorial do distribuidor nomeado pelo fabricante. Ora, não poderia a fabricante e/ou distribuidor exclusivo impedir a circularização do produto no mercado ou requerer a recusa de vender pelo comerciante, sob pena de infringir outra regra anticompetitiva, conforme artigo 36, parágrafo 3º, item XI<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] XI - recusar a venda de

Concluimos que se trata de uma linha tênue que separa a livre iniciativa e a aplicação da legislação da concorrência desleal nos contratos de distribuição, uma vez que deverá ocorrer um equilíbrio entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da concorrência, pilares da Ordem Econômica brasileira, e a possibilidade de se estabelecer a cláusula de exclusividade no contrato de distribuição, garantindo-se a segurança jurídica do negócio jurídico celebrado.

O mercado de distribuição é importante parceria para o desenvolvimento das empresas, sendo a cláusula de exclusividade territorial uma característica específica de cada política de distribuição estabelecida. Os fabricantes, no entanto, deverão avaliar critérios do mercado para estabelecer sua política de exclusividade territorial dos distribuidores para que essa prática não configure uma infração à ordem econômica, garantindo-se a livre iniciativa e concorrência no mercado.

**BIBLIOGRAFIA**

COLLIN, Thomas J. **US: Vertical Restraints. The Antitrust Review of the Americas 2014.** Section 2: United States. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/54/sections/182/chapters/2142/us-vertical-restraints/>. Acesso em 24.06.2014.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos – 3ºVolume.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DUTRA, Silvio. **Contrato de distribuição: questões práticas e polêmicas.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21448/contrato-de-distribuicao-questoes-praticas-e-polemicas>. Acesso em 21.06.2014.

FILHO, Clóvis Rodrigues. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos Atípicos.** Data: 19.10.2007. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/701304>. Acesso em 21.06.2014.

FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição.** 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste.** 3ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2012.

HAHN, Robert W. **Antitrust Policy and Vertical Restraints. Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies.** 2006.

HYLTON, Keith N. **Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution.** Cambridge University Press, New York, 2003. p. 264. Information on this title: [www.cambridge.org/9780521790314](http://www.cambridge.org/9780521790314).

KLEIN, Benjamim and LERNER, Andres V. **Procompetitive Justification for Exclusive Dealing: Preventing Free-riding and Creating undivided dealer loyalty.** Disponível em: [http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single\\_firm/docs/219980.htm](http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/219980.htm).

LINS, Thiago Drummond de Paula. **A aplicação da teoria do adimplemento substancial pela jurisprudência brasileira.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2336, 23 nov. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13896>. Acesso em: 19.06.2014.

MAEDA, Renata de Souza. **Direito da concorrência: Uma análise das teorias Econômicas, da ordem econômica brasileira e da conduta abusiva horizontal do**

**cartel.** Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12966&revista\\_caderno=8](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12966&revista_caderno=8). Acesso 26.06.2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** Prefácio do Ministro Celso de Mello. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2003.

NETO, José Alexandre Buaiz. **The Cartels and Leniency Review.** Data: 19.03.2014. 2ª ed. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/publicacao/4165>. Acesso em 24.05.2014.

PALHANO, Herson Aguiar. **Revisão Judicial dos Contratos.** Disponível em: <http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=137>. Acesso em: 05.06.2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Atualizado de acordo com o Novo Código Civil.** 6ª edição. Editora Florense. Rio de Janeiro, 2006.

\_\_\_\_\_. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito.** Data: 17/03/2013. Site Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>. Acesso em: 19.06.2014.

\_\_\_\_\_. **Publicados os 57 enunciados da Jornada de Direito Comercial.** Data: 31.10.2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI166870,101048-Publicados+os+57+enunciados+da+Jornada+de+Direito+Comercial>. Acesso em 16.06.2014.

\_\_\_\_\_. **Principais Características do Contrato de Distribuição.** Data: 19.09.2011. Disponível em: <http://www.cerqueiraleite.com.br/news/5679/25/PRINCIPAIS-CARACTERiSTICAS-DO-CONTRATO-DE-DISTRIBUIcao.html>. Acesso em 24.05.2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial. Manual de Práticas Concorrenciais.** FIESP. CIESP. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/direito-concorrencial-manual-de-praticas-concorrencial/>. Acesso em 15.06.2014.

\_\_\_\_\_. **Estrutura.** Site institucional do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2404040c100e0e2c3a1e>. Acesso em 25.05.2014.

\_\_\_\_\_. **Defesa da Concorrência no Judiciário. Coleção SDE/CADE 05/2010.** 1ª ed. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/defesa%20da%20concorr%C3%AAncia.pdf>. Acesso em 21.07.2014.

\_\_\_\_\_. **Cade multa em R\$ 300 milhões cartel internacional de cargas aéreas.** Site institucional do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Notícias. Data: 28/08/2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5cef3ecb25fa112e452e27ed476>. Acesso em 25.05.2014.

\_\_\_\_\_. **Antitrust Case Filing. United States v. Dentsply International, Inc. Opinion - 3rd Cir. Ct. of Appeals (February 24, 2005).** Site The United States – Department of Justice. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/indx102.htm>. Acesso 28.06.2014.

\_\_\_\_\_. **Acordos de fornecimento e de distribuição.** Site Europa – Sínteses da Legislação da UE. Disponível em: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/l26060\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26060_pt.htm). p. 35. Acesso em 27.07.2014.

\_\_\_\_\_. **Acordos de fornecimento e de distribuição.** Site Europa – Sínteses da Legislação da UE. Disponível em: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/l26060\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26060_pt.htm). p. 35. Acesso em 27.07.2014.

\_\_\_\_\_. **Orientações relativas às restrições verticais.** Órgão de Fiscalização da EFTA. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Data de 23.05.2002. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2002C0523\(02\)&qid=140646555225&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2002C0523(02)&qid=140646555225&from=EN). p. 35. Acesso em 27.07.2014.

\_\_\_\_\_. **Defesa da Concorrência no Judiciário. Coleção SDE/CADE 05/2010.** 1ª ed. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/defesa%20da%20concorr%C3%AAncia.pdf>. Acesso em 21.07.2014.

## JURISPRUDÊNCIA

Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99) do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em 21.06.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 680.329 - RS (20040111487-9). Relator Ministro Raul Araújo. Brasília, 29 de Abril de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=34312633&sReg=200401114879&sData=20140429&sTipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=34312633&sReg=200401114879&sData=20140429&sTipo=5&formato=HTML). Acesso em 18.05.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo nº 581581. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 27 de Agosto de 2004. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=581581&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=581581&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO). Acesso em 16/04/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Processo: 108454-2 (Acórdão). 2ª Câmara Cível. Relator Vitor Roberto Silva. Curitiba, 11 de Fevereiro de 2004. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1416270/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-108454-2>. Acesso em 16/04/2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. Parecer SDE. Processo Administrativo nº 08012.008024/98-49. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&cad=rja&uact=8&ved=0CCIQFjABOAO&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fsal%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B5CBBC518-F1DE-4F14-A69A-8263A6C8E653%257D%26ServiceInstUID%3D%257B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%257D&ei=J4WnU7PBB8bJsQSS3YGQDw&usg=AFQjCNFe98nJjOd5D3SJ9oB36XXutTZQuQ>. Acesso em 22.06.2014.

Parecer da Secretaria de Direito Econômico - Processo nº. 08012.003303/98-25. Representante Philip Morris Brasil S.A. e Respresentada Souza Cruz S.A. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000504311924.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000504311924.pdf). Acesso em 24.08.2014.