

FERNANDO MEHLER

**O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NOS CONTRATOS DE
DISTRIBUIÇÃO**

CURITIBA
2002

FERNANDO MEHLER

**O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NOS CONTRATOS DE
DISTRIBUIÇÃO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Curso de Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Carlos Joaquim de
Oliveira Franco**

**CURITIBA
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO MEHLER

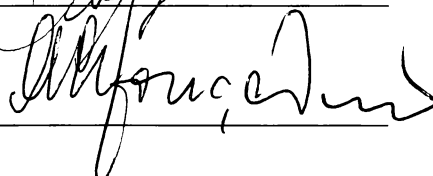
O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Banca de Exame formada pelos seguintes professores:

Orientador: Professor Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Professor

Professor



Curitiba, 27 de novembro de 2002.

SUMÁRIO

Resumo	iii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO	
1.1 Sistemas de Distribuição Comercial	4
1.2 O Contrato de Distribuição “<i>stricto sensu</i>”	5
1.2.1 Definição	5
1.2.2 Características	11
1.2.3 Elementos	16
1.2.4 Obrigações das Partes	22
1.3 O Contrato de Distribuição no Novo Código Civil	23
CAPÍTULO II – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE	
2.1 Fundamentos do Direito Antitruste Brasileiro	26
2.2 O Abuso de Posição Dominante	29
2.2.1 Caracterização	29
2.2.2 A Configuração da Posição Dominante	31
2.2.3 Identificação do Poder Econômico	33
2.2.4 Condutas Típicas	39
CAPÍTULO III – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO	
3.1 A Regulação dos Contratos de Distribuição pelo Direito Antitruste	42
3.2 Situações de Abuso de Posição Dominante nos Contratos de Distribuição	45
3.2.1 Discriminação entre Distribuidores	47
3.2.2 Fixação dos Preços de Revenda	53
3.2.3 Condutas relacionadas à cláusula de exclusividade	57
3.2.3.1 Exclusividade de Aprovisionamento	59
3.2.3.2 Exclusividade Territorial	62
3.2.4 Vendas Casadas	67
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

RESUMO

O contrato de distribuição consiste em um dos mecanismos de comercialização indireta de mercadorias, possibilitando assim que dado fabricante de uma mercadoria possa inseri-la em mercado determinado através de terceiros, reduzindo, dessa forma, custos e riscos. O contrato de distribuição é definido como o vínculo obrigacional entre um fabricante e um comerciante, pelo qual aquele se obriga a efetuar a este vendas contínuas em condições especiais, enquanto a este caberá a revenda dos produtos em uma área predeterminada, auferindo sua remuneração pela diferença entre o preço de compra e o de revenda. A este contrato está ínsito um sentido de colaboração entre as partes, ambos visando à inserção dos produtos em um dado mercado. Apesar de controvérsias, a doutrina majoritária empresta ao contrato de distribuição as características de ser um contrato inominado, haja vista a ausência de previsão legal, e de comumente configurar-se como um contrato de adesão, não sendo conferida ao distribuidor a oportunidade de negociar as condições da contratação. Em vista destas características, aliada à quase constante superioridade econômica do fabricante frente ao distribuidor, este freqüentemente se encontra em uma posição de suscetibilidade quanto àquele. Dessa forma, quando o fabricante detiver parcela substancial do mercado em que atua, configurando-se a posição dominante, quaisquer abusos que cometa em razão desta posição em detrimento do distribuidor ou da concorrência no mercado em que atua poderão ser enquadrados como o ilícito contra a ordem econômica do abuso de posição dominante.

INTRODUÇÃO

As recentes liberalização comercial e abertura econômica levadas a cabo no Brasil a partir do início da década de 1990, tiveram como principal efeito o aumento do investimento externo na economia nacional. Dessa forma, diversas multinacionais e empresas estrangeiras, aproveitando-se de tais fatores e das dimensões do mercado consumidor brasileiro, estabeleceram-se no país e aqui passaram a exercer suas atividades econômicas.

De forma a possibilitarem a inserção de seus produtos em um novo mercado com redução de custos e riscos, essas empresas freqüentemente optam por proceder à comercialização de seus produtos através de terceiros. Do mesmo modo, utilizam-se da comercialização terceirizada as grandes empresas nacionais objetivando proceder à melhor inserção de seus produtos nos vários mercados consumidores regionais.

Nesse sentido, pode-se verificar que a comercialização indireta é geralmente utilizada por empresas de grande porte, atuantes em diversos mercados, que para reduzir os custos e riscos da comercialização direta, bem como conseguir a mais ampla inserção de seus produtos contratam com comerciantes locais, freqüentemente empresas de pequeno porte.

Essa usual desproporção entre as partes que contratam a comercialização indireta ocasiona um desequilíbrio na relação que se forma entre ambas. O poder econômico dessas grandes empresas por vezes torna-se propício à prática de abusos, que não apenas prejudicam o comerciante como também toda a estrutura do mercado, afetando-se a livre concorrência e os interesses dos consumidores.

Dentre as formas de comercialização indireta, destacam-se os contratos de distribuição *stricto sensu* como os mais suscetíveis à ocorrência de práticas abusivas, haja vista não lhes ser conferida regulação extensa e substancial, a despeito de sua previsão no Novo Código Civil. Será ainda mais propícia a adoção de condutas abusivas pelo fabricante contratando com os distribuidores quando aquele detiver parcela substancial do mercado, configurando-se, assim, o abuso de posição dominante reprimido pelo direito concorrencial.

O objetivo da presente monografia será, pois, a análise das circunstâncias em que se verificará o abuso de posição dominante na formação e execução dos contratos de distribuição, bem como das condutas abusivas normalmente adotadas no âmbito de tal avença. Para isso, não se examinará somente o direito brasileiro, vez que os sistemas de defesa da concorrência americano e europeu oferecem importantes subsídios para a aferição das situações de abuso de posição dominante nos contratos de distribuição.

Destarte, no primeiro capítulo da presente monografia se procederá à uma profunda análise acerca da natureza jurídica e das características do contrato de distribuição, bem como das suas peculiaridades que o tornam suscetível à ocorrência de práticas abusivas. O objeto deste capítulo será o contrato de distribuição dito inominado, refutando-se o entendimento de que o contrato de distribuição seria sinônimo do de concessão mercantil.

O segundo capítulo será centrado na definição, conceituação e caracterização do abuso de posição dominante perante o sistema de defesa da concorrência brasileiro, regulado pela Lei n° 8.884 de 1994, a denominada Lei Antitruste.

No terceiro capítulo, por fim, serão verificadas as condutas mais comuns cometidas em abuso de posição dominante nos contratos de distribuição. Para tanto, serão utilizados subsídios e precedentes do direito antitruste europeu e norte-americano, tendo-se em vista o reduzido número de casos desta espécie apresentados às entidades de defesa da concorrência brasileiras.

Cabe destacar que não se pretenderá analisar todas as condutas que possam configurar abuso de posição dominante que seriam verificáveis nos contratos de distribuição, tenha-se em mente tratar-se o abuso de posição dominante de um conceito aberto, admitindo-se que qualquer conduta possa ser assim qualificada desde que preencha os requisitos para tanto. Nesse sentido, o rol do art. 21 da Lei n.º 8.884/94 é meramente exemplificativo e não taxativo. Procurar-se-á, então, analisar apenas as condutas cuja ocorrência é mais comum nos contratos de distribuição.

Dessa forma pretende-se dar uma contribuição, ainda que reduzida, ao estudo do direito antitruste com especial atenção para sua aplicação para a repressão de condutas abusivas praticadas na formação e execução de contratos comerciais.

CAPÍTULO I - O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

1.1 Sistemas de Distribuição Comercial

Ao fabricante que pretende proceder à inserção de seus produtos em um determinado mercado consumidor, freqüentemente se impõem duas alternativas: comercializá-los diretamente, através de uma relação bilateral com os consumidores, ou então fazê-lo por intermédio de terceiros, resultando no que Maria Helena Brito¹ denomina de relação triangular, envolvendo, além do fabricante e dos consumidores, o intermediário.

A intermediação da comercialização dos produtos ganha especial destaque no âmbito de uma economia globalizada, a qual pressupõe a expansão das atividades comerciais das empresas mais aptas a sobreviverem à alta concorrência provocada pela liberalização do comércio. Nesse contexto a comercialização direta por parte do fabricante se torna praticamente inviável, acarretando em custos elevadíssimos, haja vista a necessidade de se estabelecerem e estruturarem canais de comercialização nos diversos mercados em que oferece à venda seus produtos. Da mesma forma, surgem riscos adicionais à atividade econômica da empresa, na medida em que ela assume a responsabilidade de buscar novos mercados a seus produtos, sujeitando-se aos riscos inerentes à abertura de novos mercados, entre os quais o de os produtos não serem bem aceitos neste.

Essa situação foi descrita pela autora espanhola Teresa Puente Muñoz² ao observar que *“busca también el fabricante una fórmula que facilite la distribución y venta de los productos en el mercado, reduciendo actividad y gastos por su parte. Lo que tiene especial importancia cuando, como sucede en nuestros días, los mercados de un producto pueden tener un extensísimo radio geográfico”*³.

¹ BRITO, Maria Helena. Contrato de Concessão Comercial, Lisboa: Almedina, p. 2.

² MUÑOZ, Teresa Puente. El Contrato de Concesión Mercantil, Madri: Montecorvo, 1976, p. 24.

³ “Busca também o fabricante uma fórmula que facilite a distribuição e venda dos produtos no mercado, reduzindo atividade e gastos de sua parte. O que tem especial importância quando, como ocorre em nossos dias, os mercados de um produto podem ter um extenso raio geográfico.”

A comercialização através de intermediários surge, então, como uma necessidade para as empresas que pretendem ser competitivas e que visam à expansão de suas atividades comerciais. Transferem-se, em grande parte, os riscos e custos para a abertura de novos mercados e manutenção dos já existentes, sendo tais assumidos pelo comerciante intermediário.

Torna-se interessante para a empresa comercializar diretamente os produtos fabricados nos mercados localizados nas proximidades de suas indústrias e fazê-lo através de terceiros em mercados mais distantes.

Destacam-se como mecanismos de comercialização de mercadorias por terceiros a agência comercial, a distribuição, a concessão comercial e a franquia, ou *franchising*. Em todos eles, pressupõe-se um sentido de colaboração entre fabricante e intermediários, dirigida à inserção dos produtos em um dado mercado, variando de um a outro, principalmente, o grau de independência e autonomia do comerciante com relação ao fabricante, sendo no contrato de distribuição que se verifica a maior medida de tal.

Cumpre, todavia, antes de tudo, diferenciar-se a distribuição *lato sensu*, terminologia que compreende todas as formas de comercialização indireta, da distribuição *stricto sensu*, a qual se refere ao contrato mercantil inominado, sobre o qual se procederá ao exame daqui em diante.

1.2 O Contrato de Distribuição *stricto sensu*

1.2.1 Definição

A ausência de previsão legal com relação ao contrato de distribuição no ordenamento jurídico brasileiro, bem como em grande parte dos países nos quais se faz presente este mecanismo de comercialização indireta, deixou larga margem ao setor empresarial para estabelecer seus requisitos e fixar as cláusulas a ele comuns. Em vista

dessa atipicidade⁴, não se estabeleceu uma definição única e estanque da distribuição *stricto sensu*, sendo possível encontrar diversos conceitos empregados por juristas e comerciantes para defini-lo.

Claudineu de Melo⁵, autor brasileiro que dedicou uma dissertação ao tema definiu o contrato de distribuição como “contrato mediante o qual o fabricante obriga-se a vender, continuamente, ao distribuidor, que se obriga a comprar com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada”.

Da doutrina jurídico-comercial argentina também verificamos importantes contribuições à conceituação do contrato de distribuição com Juan Farina⁶, para o qual consiste em um contrato consensual pelo qual o fabricante outorga ao distribuidor o direito de revender suas mercadorias em dado setor e com Osvaldo Marzorati⁷, o qual o define como a provisão de certos produtos de seu fabricante a um distribuidor que os adquire com a finalidade exclusiva de proceder à sua colocação no mercado consumidor de uma zona determinada, mediante organização própria e por sua conta e risco, recebendo como contrapartida o direito de adquirir em condições preferenciais as mercadorias a serem revendidas.

Este último autor argentino ainda cita em sua obra as contribuições do italiano Baldi, que considera a distribuição uma série de contratos contínuos de compra e venda com cláusula de exclusividade⁸, e de seus compatriotas Zavala Rodríguez⁹ e Saúl Argeri¹⁰, que simplesmente definem o contrato em questão como mecanismos de intermediação comercial.

No seio da doutrina pátria, também merece destaque Maria Helena Diniz¹¹ que define o contrato de distribuição como o contrato no qual “uma pessoa assume a

⁴ Cabe aqui deixar claro que a caracterização do contrato de distribuição como atípico não é unânime na doutrina, como se verá adiante.

⁵ MELO, Claudineu de. Contrato de Distribuição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 29.

⁶ FARINA, Juan. Contratos Comerciales Modernos, 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 413.

⁷ MARZORATI, Osvaldo. Sistemas de Distribución Comercial, 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 53.

⁸ Baldi, *apud* MARZORATI, ob. cit. p. 53.

⁹ Zavala Rodríguez, *apud* MARZORATI, ob. cit. p. 54.

¹⁰ Saúl Argeri, *apud* MARZORATI, ob. cit. p. 54.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3 p. 374.

obrigação de revender, com exclusividade e por conta própria, mediante retribuição, mercadorias de certo fabricante, em zona determinada”. No mesmo sentido, o civilista Orlando Gomes¹², o qual empresta ao distribuidor a característica de “comerciante autônomo, que, atuando por sua conta e risco, compra produtos de um fabricante e os revende e distribui com exclusividade, em uma zona territorial predeterminada”.

Apesar da diversidade de conceitos com relação ao contrato de distribuição, nota-se que persistem em todas essas definições alguns aspectos em comum, como as contínuas compras e vendas pelo distribuidor, bem como a delimitação de uma área de atuação para este. Em decorrência de tais aspectos comuns, chega a doutrina a enumerar certo número de requisitos para que se verifique o contrato de distribuição¹³.

Primeiramente, com relação às partes do contrato de distribuição, exige-se que este seja celebrado de um lado por um fabricante e de outro por um comerciante. Como fabricante, entende-se qualquer pessoa jurídica que desempenhe sua atividade no sentido de fabricar produtos ou manipulá-los, alterando-lhes a forma ou a aparência. A exigência de que de um lado da relação esteja presente um fabricante advém da própria origem do contrato de distribuição, o qual foi criado atentando-se para os interesses de fabricantes que não pretendessem atuar direta e imediatamente no mercado em que ofereceriam seus produtos, reduzindo dessa maneira riscos e investimentos. Em vista deste requisito, torna-se impossível a contratação da distribuição entre dois comerciantes.

No que tange às obrigações precípuas de cada uma das partes, requer-se para a identificação do contrato de distribuição que o fabricante tenha o dever de vender certas mercadorias e o distribuidor, de comprá-las. Ademais, tais obrigações recíprocas devem ser contínuas.

De forma que o distribuidor se sinta atraído pela atividade da distribuição e também para que dela possa auferir vantagem econômica, estabelece-se como terceiro requisito do contrato de distribuição a concessão pelo fabricante de condições favoráveis ao distribuidor para a aquisição das mercadorias. Tais vantagens não se referem necessariamente a descontos no preço de compra, podendo serem conferidas

¹² GOMES, Orlando. Contratos, 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 374.

com relação às quantidades de mercadorias, aos prazos de pagamentos, etc. Em não sendo concedidas vantagens ao distribuidor, não se perfaria uma relação de distribuição, mas sim de mera compra e venda continuada.

Requisito que em parte se confunde com o primeiro citado é o de que os produtos objeto da relação jurídica em questão hajam sido efetivamente produzidos ou ao menos manipulados pelo fabricante. Ao se proceder à revenda de bens fabricados por terceiros, estar-se-á diante de uma subdistribuição.

O quinto requisito refere-se à destinação conferida pelo distribuidor às mercadorias adquiridas sob a égide do negócio jurídico de que se trata. Com efeito, para que se afigure a distribuição, é imprescindível que o distribuidor destine as mercadorias à revenda. Nesse sentido, se forem adquiridas as mercadorias com a finalidade de serem utilizadas em proveito próprio ou como matérias-primas e insumos no processo industrial, não se estará diante de uma distribuição. Nada obsta, entretanto, que o distribuidor mantenha as mercadorias em seu estoque, desde que posteriormente venha a revendê-las. Da mesma forma, não se exige que o distribuidor revenda as mercadorias somente a consumidores finais, podendo também fazê-lo a outros comerciantes, iniciando-se uma subdistribuição, sem se descaracterizar a anterior distribuição¹⁴.

O último requisito apontado pela doutrina consiste na predeterminação de uma zona de atuação para o distribuidor. Deverá este se abster de comercializar os produtos contratados fora desta zona, não se proibindo, todavia, que o faça a clientes domiciliados fora desta zona, desde que a transação nela se efetue. A delimitação de uma zona ao distribuidor nem sempre acarreta na concessão de exclusividade na mesma, apesar de tal ser uma estipulação bastante comum, e às vezes até obrigatória, nos contratos de distribuição, como nota Maria Helena Diniz¹⁵, segundo a qual “Se for estabelecida a exclusividade pelo fabricante, ela estender-se-á a toda a rede de distribuição indistintamente; se for imposta aos distribuidores a exclusividade de

¹³ MELO, ob. cit. p. 31-39.

¹⁴ A possibilidade de se contratar a subdistribuição foi citada por Maria Helena Diniz como uma das diferenças entre o contrato de distribuição e o de concessão comercial, já que este, por ser mais específico, não admitiria a formação de uma rede de “subconcessionários” (DINIZ, ob. cit. p. 373).

¹⁵ DINIZ, ob. cit. p. 373.

aprovisionamento, em benefício do fabricante, decorrerá àqueles o direito à área demarcada exclusiva.”.

A esses requisitos, acrescentam-se dois aspectos que segundo Marzorati¹⁶ devem estar sempre presentes nos contratos de distribuição, referindo-se ao fato de o distribuidor atuar sempre em nome próprio, inserido em uma relação de colaboração com o fabricante e à possibilidade de planificação empresarial, através da determinação pelo fabricante das linhas pelas quais reger-se-á a distribuição.

Tomando-se todos esses requisitos, chega-se a uma definição bastante completa do contrato de distribuição. Este pode ser conceituado como o contrato celebrado entre um fabricante e um comerciante pelo qual este, atuando em nome próprio, mas sujeitando-se às diretivas daquele, se obriga a adquirir, continuamente e sob condições especiais de compra e venda, mercadorias produzidas por aquele, destinando-as à revenda em uma zona predeterminada.

Dessa forma, apesar de ser um contrato atípico, não se pode deixar de reconhecer a especialidade do contrato de distribuição, ante a seus traços característicos que o diferenciam de outros contratos mercantis, ainda que possa ser confundido com outros sistemas de distribuição devido às suas semelhanças, principalmente com os contratos de agência e de concessão comercial.

Do contrato de agência, diferencia-se a distribuição *stricto sensu* essencialmente em dois aspectos, quais sejam o vínculo entre as partes e a forma de obtenção de lucro pelo comerciante. De fato, ao contrário do distribuidor, o agente atua em nome do agenciado, limitando-se a intermediar as relações comerciais entre o agenciado e seus clientes. A vantagem econômica obtida pelo agente advém de comissões sobre o volume de vendas agenciado, não passando a mercadoria intermediada a fazer parte do patrimônio do agente, como sói acontecer com o distribuidor o qual auferir lucros da diferença entre o preço de compra e de revenda das mercadorias. Outra distinção que se pode notar entre esses dois contratos mercantis refere-se à possibilidade de agência se contratar entre comerciantes, enquanto a distribuição deve ter como partes um fabricante e um comerciante.

¹⁶ MARZORATI, ob. cit. p. 54-55.

É com o contrato de concessão comercial que a distribuição guarda maior semelhança, distinguindo-se apenas em aspectos secundários, levando, inclusive, alguns autores a os considerarem como sinônimos ou espécies do mesmo gênero. Assim como no contrato de distribuição, o concessionário também atua por sua conta e risco, procedendo à compra e revenda dos produtos fabricados pelo concedente. Entretanto, a medida da independência do concessionário com relação ao concedente é muito menor do que a do distribuidor quanto ao fabricante¹⁷. Outros pontos distintivos consistem na obrigatoriedade da cláusula de exclusividade de aprovisionamento na concessão¹⁸, disposição esta que apesar de comum não é forçosa na distribuição, e na exigência de prestação de assistência técnica pelo concessionário, obrigação esta que raramente se estipula ao distribuidor. Alguns autores ainda afirmam ser a concessão destinada à comercialização de bens de alta tecnologia e a distribuição à de bens mais simples, mas tal nem sempre é verificado. Para Maria Helena Diniz¹⁹ o contrato de concessão comercial seria mais restrito e específico do que o de distribuição, sendo, pois, aquele uma espécie deste. Já para Fábio Ulhôa Coelho²⁰ a concessão comercial se restringiria ao comércio de veículos automotores terrestres, sendo então regulado pela Lei nº 6.729/79, quando o objeto do comércio for outra mercadoria, estar-se-á, segundo o autor, diante de um contrato atípico denominado distribuição.

1.2.2 Características

¹⁷ Conforme assevera Fábio Ulhôa Coelho: “Há, entretanto, na distribuição-intermediação e na concessão certa variância do grau de subordinação da empresa do colaborador em relação à do fornecedor. No contrato de distribuição-intermediação, o distribuído tem menos poder de ingerência sobre a organização empresarial do distribuidor que o concedente, na concessão, relativamente à empresa do concessionário.” (COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.)

¹⁸ “(...) a relação entre concedente e concessionário, semelhantemente à concessão de serviço público, possui caráter *intuitu personae*, visto que as condições pessoais do concessionário são essenciais ao contrato, de tal sorte que a concessão comercial ocorrerá sob condição de exclusividade, tanto de aprovisionamento, em benefício do concedente, quanto de área geográfica, em prol do concessionário.” (DINIZ, ob. cit. p. 373)

¹⁹ DINIZ, ob. cit. p. 373.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de Direito Comercial, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 425.

Assim como na definição do conceito do contrato de distribuição, não há unanimidade na doutrina quanto à sua caracterização, divergindo muito alguns autores quanto a algumas de suas características, notadamente em relação à tipicidade e ao vínculo entre as partes.

Conforme já foi auferido, face à ausência de previsão do contrato de distribuição no ordenamento jurídico brasileiro, a qual perdurará somente até a entrada em vigor do novo Código Civil, o qual reserva alguns artigos a tal contrato, ainda que o trate de forma errônea no pensamento de muitos autores, empresta-se ao contrato de distribuição a característica da atipicidade, motivo pelo qual se lhe confere a qualificação de contrato inominado. Nesse sentido, cita-se as opiniões de Álvaro Villaça Azevedo²¹, o qual tratando do contrato de distribuição dispõe que “sendo atípico o ajuste, sob análise, não tem ele regulamentação específica em lei, devendo o pacto resultar da exclusiva e livre manifestação de vontade dos contratantes, desde que não ofenda os bons costumes, as normas de ordem pública e os princípios gerais de direito” e de Fábio Ulhôa Coelho²² para o qual “A distribuição-intermediação²³ é contrato atípico, isto é, as obrigações dos contratantes não se encontram disciplinadas na lei, de modo que os direitos e deveres de parte a parte são exclusivamente os previstos no instrumento de contrato firmado por elas”.

A consideração do contrato de distribuição como inominado reflete a posição majoritária da doutrina brasileira, dela discordando apenas vozes isoladas como Claudineu de Melo²⁴. Tendo em vista os traços que permitem distinguir o contrato de distribuição de outras avenças previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tal autor advoga a tipicidade do contrato de distribuição.

Cumprido destacar, contudo, que Claudineu de Melo adota um conceito de tipicidade contratual diverso do utilizado pela maioria dos autores brasileiros. Enquanto o primeiro considera um contrato como típico em virtude de suas

²¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório, Revista dos Tribunais n° 737, 1997, p. 101.

²² COELHO, Curso de Direito Comercial, p. 93.

²³ Como se verá mais adiante, o autor distingue a distribuição-intermediação, contrato do qual ora se trata, da distribuição-aproximação, contrato disciplinado pelo Novo Código Civil e que se assemelha em muito ao contrato de agência.

peculiaridades, quase a totalidade da doutrina brasileira vincula o conceito de tipicidade de um contrato à sua previsão legal. Nessa esteira de pensamento, Orlando Gomes²⁵ qualifica como contratos inominados “os que não são objeto de regulamentação legal específica” e Waldirio Bulgarelli²⁶ considera típicos os contratos que tenham seus requisitos devidamente disciplinados pela lei, sendo, pelo contrário, atípicos os não previstos legalmente²⁷.

Além de Claudineu de Melo, consideram típico o contrato de distribuição os autores que o tratam como sinônimo da concessão comercial, entendendo-se ser aplicável a tais contratos a Lei nº 6.729/79, a qual trata da concessão comercial de veículos automotores, entre eles se incluindo Orlando Gomes²⁸. Maria Helena Diniz²⁹ e Arnaldo Rizzardo³⁰ consideram o contrato de distribuição como típico, entendendo ser ele regulado subsidiariamente por referida lei.

No que tange à natureza do vínculo entre as partes, também adota Claudineu de Melo³¹ uma posição conflitante com o entendimento majoritário de considerar o contrato de distribuição como bilateral.

A maior parte da doutrina brasileira, à qual se juntam os autores argentinos, enxerga nas avenças de distribuição um vínculo bilateral direcionado à uma finalidade comum. Nesse sentido, apesar de fabricantes e distribuidores assumirem posições distintas e se obrigarem de forma diversa, através do escopo comum que os une, consubstanciado na colocação dos produtos no mercado, identifica-se um senso de colaboração entre ambos na formação do contrato. Caracteriza-se, pois, o contrato de distribuição como bilateral, mas sempre atentando-se para a ligação entre as partes baseada na mútua colaboração.

²⁴ MELO, ob. cit. p. 39.

²⁵ GOMES, ob. cit. p. 103.

²⁶ BULGARELLI, Wladirio. *Contratos Mercantis*, 6 ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 83.

²⁷ “Além dos contratos que têm seus requisitos intrínsecos e extrínsecos específicos, devidamente disciplinados pela lei (ditos, por isso, nominados ou típicos), outros há que, com base na autonomia privada, são livremente concebidos pelas partes; por isso, são chamados inominados ou atípicos.”

²⁸ GOMES, ob. cit. p. 374.

²⁹ DINIZ, ob. cit. p. 373.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, Rio de Janeiro, Aide, 1988, v. 3, p. 1.319

³¹ MELO, ob. cit. p. 76.

Também atentando para a necessidade de colaboração entre as partes criada pelo vínculo que as une sob o contrato de distribuição, Claudineu de Melo³² considera tal contrato como plurilateral. Tal característica, adviria para o autor tanto de sua estrutura como de sua funcionalidade.

Estruturalmente, a plurilateralidade do contrato de distribuição decorreria da abrangência de vários sujeitos. Em razão de freqüentemente a formação do contrato em questão pressupor a existência de uma rede de distribuição, englobando vários distribuidores empenhados na comercialização das mercadorias produzidas por um fabricante, o autor afirma não ser possível analisar-se o contrato de distribuição com base na relação bilateral fabricante – distribuidor, sendo premente a consideração de toda a rede.

Ademais, a igualdade de tratamento que deve obrigatoriamente ser conferida por um fabricante a todos os seus distribuidores, em face da proibição de discriminação entre estes por parte do fabricante, pressuporia a existência de um vínculo, ainda que informal, entre os vários distribuidores de uma rede, na medida em que a concessão de uma vantagem a um deles deverá ser estendida a todos os demais, sob pena de se estar incidindo em uma conduta ilegal. Tal proibição de discriminação entre os distribuidores acarretaria ainda na identidade entre os contratos celebrados pelo fabricante com cada um de seus distribuidores, resultando na verificação de uma única declaração de vontade manifestada em vários instrumentos. Essa consideração leva Claudineu de Melo³³ a entender que na verdade só há um contrato entre o fabricante e toda a sua rede de distribuição, abrangendo, portanto, mais de duas pessoas sob um mesmo vínculo.

A pluralidade de partes no contrato de distribuição, possibilitaria a entrada e saída de distribuidores da rede sem que de forma alguma fossem afetados o funcionamento e a existência da rede.

Funcionalmente, o contrato de distribuição reveste-se de uma caráter plurilateral para Claudineu de Melo³⁴ devido ao fato de os interesses das partes envolvidas em sua

³² MELO, ob. cit. p. 78.

³³ MELO, ob. cit. p. 80.

³⁴ MELO, ob. cit. p. 79.

formação não serem antagônicos, como ocorre nos vínculos bilaterais, mas sim direcionados a uma mesma finalidade. A existência de tal escopo comum afetando tanto fabricantes quanto distribuidores na execução do contrato pressupõe uma atuação conjunta, ou pelo menos concertada, das partes direcionada à colocação massiva dos produtos contratados no mercado consumidor. Dessa forma, o interesse do fabricante não se adstringiria à venda dos produtos para os distribuidores e o destes não se limitaria à aquisição de tais produtos, mas sim ambos estariam voltados para o objetivo final de revender as mercadorias. Apesar de o fabricante desvincular-se das mercadorias vendidas aos distribuidores após estas haverem passado para o patrimônio destes, continua ele tendo interesse na revenda das mercadorias e na sua ampla aceitação pelo mercado consumidor.

Analisando-se as duas posições quanto à natureza do vínculo entre as partes, nota-se, apesar das divergências, um ponto em comum, essencial para a compreensão do contrato de distribuição. Mesmo na concepção bilateral do vínculo faz-se presente, apesar do antagonismo entre os interesses das partes em um primeiro momento, consistentes na venda das mercadorias pelo fabricante e na compra destas para posterior revenda pelos distribuidores, a concepção de um escopo comum que as une e torna necessária para a execução do acordo a mútua colaboração.

Independentemente de se caracterizar o contrato de distribuição como bilateral ou plurilateral, é forçoso reconhecer que os interesses de fabricantes e distribuidores se dirigem a uma finalidade comum.

Ainda em razão da existência de toda uma rede de distribuição, formada segundo os interesses do fabricante, pressupondo a identidade de disposições entre os vários contratos firmados no seu âmbito, Claudineu de Melo³⁵ também caracteriza o contrato de distribuição como um contrato por adesão. A proibição de o fabricante tratar de forma diversa os distribuidores com quem contratou, conferindo vantagens ou aceitando condições impostas somente com relação a alguns deles, leva o fabricante a se utilizar de contratos padronizados, pré elaborados.

³⁵MELO, ob. cit. p. 61.

Ademais, na medida em que a implantação de um sistema de distribuição visa, primeiramente, ao atendimento do interesse do fabricante de inserir seus produtos em um mercado, geralmente as cláusulas do contrato são por ele definidas, cabendo ao distribuidor tão somente decidir acerca da conveniência ou não de se contratar, sendo-lhe sobremaneira dificultada a discussão das cláusulas, já que a alteração de uma delas levaria o fabricante a modificar os contratos firmados com outros distribuidores.

Claudineu de Melo³⁶ ressalva ainda que em alguns casos, dada a grande medida de poder econômico de um fabricante, tendente sua posição no mercado ao monopólio, o contrato de distribuição poderia ser caracterizado como de adesão, sendo que neste caso não seria dado ao distribuidor nem ao menos decidir a conveniência de se contratar, não restando a este outra opção que não fazê-lo³⁷. Tais casos são de especial gravidade, sendo premente em dadas circunstâncias a intervenção do poder público de forma a se evitarem abusos pelo fabricante.

Villaça Azevedo³⁸ ainda caracteriza o contrato de distribuição como misto em decorrência da multiplicidade de prestações que ele encerra³⁹. Para o autor, além da obrigação de dar, consistente nas contínuas compras e vendas entre fabricante e distribuidores, haveria também as obrigações de fazer, como a do distribuidor de explorar ao máximo seu potencial de revenda, e de não fazer, como a do fabricante deixar de comercializar diretamente seus produtos em área para a qual haja designado distribuidor exclusivo.

³⁶ MELO, ob. cit. p. 63.

³⁷ Nota-se aqui que Claudineu de Melo utiliza a distinção que segundo Waldirio Bulgarelli (BULGARELLI, ob. cit. p. 95) foi introduzida no direito brasileiro por Orlando Gomes. Para o comercialista “Orlando Gomes adota a expressão contrato de adesão, para significar os contratos que têm como pressupostos o monopólio de fato ou de direito, que uma das partes detém, eliminando a concorrência e a necessidade de contratar da outra parte, que a constringe a realizar o negócio jurídico. Já contrato por adesão se verificaria nas demais situações assemelhadas, em que faltassem os pressupostos apontados.”

³⁸ AZEVEDO, ob. cit. p. 100.

³⁹ Orlando Gomes define os contratos mistos como os que “compõe-se de prestações típicas de outros contratos, ou de elementos mais simples, combinados pelas partes.” (GOMES, ob. cit. p. 103). Já para Waldirio Bulgarelli são contratos mistos os que “aliam a tipicidade à atipicidade, ou seja, conjugam e mesclam elementos de contratos típicos, com elementos de contratos atípicos.” (BULGARELLI, ob. cit. p. 84)

Além destas características, cumpre destacar outras emprestadas ao contrato de distribuição, citadas por Marzorati em sua obra acerca dos sistemas de distribuição comercial.

Tem-se, primeiramente, o caráter *intuitu personæ* do vínculo, haja vista que o fabricante leva em consideração a qualificação do distribuidor e a imagem comercial deste ao contratar a distribuição⁴⁰. Também se refere o autor argentino à consensualidade de tal contrato, na medida em que ele se aperfeiçoa simplesmente com a manifestação de vontade das partes, sendo desnecessário que se inicie sua execução para se estar diante de um contrato de distribuição⁴¹.

Características citadas por Marzorati⁴² decorrentes do entendimento da distribuição como contrato bilateral são a onerosidade e a comutatividade, sendo aquela entendida em virtude da obtenção de vantagens econômicas contrapostas por cada uma das partes e esta referente às obrigações antagônicas assumidas pelas partes.

1.2.3 Elementos

Apresentam também os contratos de distribuição certos elementos, que apesar de não serem de presença essencial para a sua configuração como os requisitos acima citados, consistem em disposições comuns, que igualmente permitem a identificação de sua originalidade com relação aos demais contratos mercantis.

Referem-se especialmente a cláusulas não obrigatórias, as quais, no entanto, muitas vezes fazem-se imprescindíveis para a verificação de uma regular avença de distribuição, estando relacionadas sobremaneira às obrigações das partes e aos direitos que lhe são conferidos quando da execução do contrato.

O principal e mais freqüente desses elementos é a exclusividade, cuja estipulação pode até se tornar obrigatória no seu aspecto territorial. Contudo, não se limita tal elemento à especificação do território de atuação do distribuidor, possuindo, a bem da verdade, caráter eminentemente bilateral, conforme se aplique ao fabricante

⁴⁰ MARZORATI, ob. cit. p. 64.

⁴¹ MARZORATI, ob. cit. p. 63.

⁴² MARZORATI, ob. cit. p. 64.

ou ao distribuidor. Destarte, são identificáveis nas avenças de distribuição a exclusividade de provisionamento, arbitrada em favor do fabricante, e a exclusividade territorial, através da qual se resguardam os interesses do distribuidor.

A exclusividade territorial, como já foi dito, consiste na caracterização de um distribuidor como único legitimado para comercializar os produtos contratados na área que lhe é predeterminada. Adquirindo a exclusividade na área em que atua, o distribuidor fica liberado para buscar a formação de seu mercado consumidor mediante esforços e investimentos próprios sem ser ameaçado pela possibilidade de enfrentar concorrência neste território. Consiste em uma garantia essencial para a defesa dos interesses do distribuidor, proporcionando-lhe a segurança de que seus gastos não serão arcados em vão, com o afastamento do risco de que terceiro, ou o próprio fabricante atuando diretamente, usufrua do mercado formado com seu esforço e com grandes investimentos.

Embora seja a exclusividade territorial considerada por muitos autores como um requisito da distribuição, a ausência de regulamentação legal acerca deste contrato mercantil, muitas vezes deixa o distribuidor a mercê do fabricante, haja vista a inexistência de previsão em texto de lei que o faça se abster de violar tal exclusividade, a não ser o próprio instrumento contratual celebrado entre as partes. Como se verá mais adiante, muitos fabricantes, abusando de sua posição dominante no mercado vêm se utilizando de tal ausência de regulação para, em um primeiro momento, assinarem contratos de distribuição a prazo determinado com cláusula de exclusividade territorial, para, após formado o mercado consumidor pelo distribuidor, findo o prazo contratual, renovar a avença sem estipulação de exclusividade territorial.

Em decorrência da propalada ausência de previsão legal, cumpre ao distribuidor socorrer-se apenas nas disposições constantes do contrato ou então nas leis de direito antitruste, caso se verifique uma posição abusiva do fabricante.

Quanto a este ponto cabe destacar que a cláusula de exclusividade territorial será oponível apenas ao fabricante com o qual o distribuidor contrata, não sendo eficaz com relação a terceiros. Na hipótese de um terceiro passar a comercializar os produtos do fabricante na área sobre a qual o distribuidor tem direito de exclusividade, é o

fabricante quem deverá ser responsabilizado pela infração contratual e não o terceiro comerciante⁴³.

A exclusividade arbitrada em favor do fabricante, qual seja a de aprovisionamento, por sua vez, é bem menos comum nos contratos de distribuição do que nos de concessão comercial, nos quais é obrigatória, e configura-se como uma contrapartida à exclusividade territorial, destacando-se na proteção conferida ao fabricante contra a concorrência.

Consiste na obrigação de o distribuidor limitar-se a comercializar os produtos fabricados pelo fabricante com quem contratou, ou ao menos de deixar de comercializar produtos que concorram com aqueles. Ademais, favorece também o fabricante na medida em que garante a dedicação e atenção exclusivas do distribuidor a seus produtos, forçando-o a batalhar ainda mais pela sua inserção no mercado. Assim, quando presente no contrato a cláusula de exclusividade de aprovisionamento, tem o fabricante certeza de que o distribuidor concentrará seus esforços na criação ou ampliação do mercado de seus produtos.

Em alguns casos, porém, pode a cláusula de exclusividade de aprovisionamento ser utilizada essencialmente para fins de limitação da concorrência visto que reduz as possibilidades de outros fabricantes comercializarem seus produtos nas áreas em que atuam seus distribuidores exclusivos. Em mercados eminentemente oligopolísticos, a exclusividade de aprovisionamento pode se constituir em uma infração à livre concorrência, tendo em vista a possibilidade de um fabricante controlar todo um mercado através da estipulação de cláusulas de exclusividade com todos os seus distribuidores que atuem em uma dada área.

É tendo em vista a tal possibilidade de utilização da cláusula de exclusividade para fins muitas vezes ilegítimos de limitação da concorrência, atentando-se em alguns casos contra a liberdade de competição, que Fábio Ulhôa Coelho⁴⁴ assevera que tal disposição deve ser limitada no espaço e no tempo, de forma que não impeça a autonomia de vontade do distribuidor, especialmente após a resolução do contrato, e

⁴³ COELHO, Curso de Direito Comercial, p. 90.

⁴⁴ COELHO, Curso de Direito Comercial, p. 94.

de que não se ultrapassem seus efeitos restritivos para além da área de atuação do distribuidor.

Outra estipulação bastante comum e igualmente convencionada segundo os interesses do fabricante refere-se ao estabelecimento de cotas mínimas de compra e revenda pelo distribuidor. Tal disposição está estritamente ligada ao vínculo cooperativo que se forma entre as partes na execução do contrato de distribuição, destinado à inserção dos produtos no mercado. Decorre também do fato de que se o estoque de produtos mantido pelo distribuidor for inferior à demanda por estes em sua área de atuação os consumidores desta região buscarão produtos semelhantes fornecidos pela concorrência, fazendo-se necessário, portanto, para o bom desempenho da função distributiva que o distribuidor sempre possua provisão suficiente de produtos para atender aos anseios do mercado consumidor em que exerce sua atividade comercial.

Pressupõe, dessa forma, o estabelecimento de cotas mínimas obrigações recíprocas do fabricante e do distribuidor, aquele se obrigando a vender as quantidades necessárias sempre que requerido enquanto este se compromete a adquirir em um dado período a quantidade mínima de produtos fixada.

Deve-se, todavia, evitar que sejam perpetrados abusos em decorrência do estabelecimento de cotas mínimas, por exemplo em casos nos quais o fabricante as estabelece em um patamar acima da capacidade de absorção das mercadorias pelo mercado, hipótese na qual o distribuidor será obrigado a comprar mercadorias acima da demanda em sua área, sem conseguir revendê-las, arcando integralmente com os prejuízos. Cumpre, pois, que atentem as partes para a efetiva demanda pelos produtos no mercado, de forma que se estabeleçam as cotas de maneira sensata e razoável. Para Fábio Ulhôa Coelho⁴⁵ a estipulação dessa cláusula deve ser flexível, de modo que se autorize o distribuidor a limitar seu estoque quando necessário.

Outra hipótese em que o distribuidor poderá vir a ser prejudicado consiste na resolução prematura do contrato enquanto tenha o distribuidor estocado os produtos em grande quantidade. Em tais casos, a despeito de ter produtos estocados, mesmo que

⁴⁵ COELHO, Curso de Direito Comercial, p. 96.

haja efetiva demanda por estes, não poderá o distribuidor revendê-los, devendo, mais uma vez, suportar os prejuízos. Afigura-se como premente, em vista a tal possibilidade, que se preveja referida hipótese no texto contratual, resguardando-se o distribuidor de eventuais prejuízos.

Cláusula também quase onipresente nos contratos de distribuição, mas de legalidade bastante controversa, sendo proibida em alguns ordenamentos jurídicos por se considerar que prejudica a livre concorrência, é a fixação pelo fabricante dos preços de revenda da mercadoria.

Do ponto de vista do fabricante, tal cláusula visa evitar que a comercialização de suas mercadorias seja afetada pela fixação de um preço muito elevado, o que poderia levar os consumidores de determinada região a substituir os produtos do fabricante por outros mais baratos, produzidos pela concorrência. Com o propósito de evitar tal transferência de clientela, tendem os distribuidores a fixar os preços de revenda de suas mercadorias de forma a torná-las mais acessíveis aos consumidores.

Por outro lado, o fabricante poderá fixar o preço de revenda de suas mercadorias em um patamar mais elevado de forma a evitar a ocorrência de guerras de preços entre seus distribuidores, o que poderia arruiná-los, em detrimento do esforço do fabricante em colocar seus produtos a venda no mercado.

No direito brasileiro, inobstante não existir nenhuma vedação legal ao emprego dessa disposição, deve-se atentar para que não prejudique os interesses do distribuidor. Dessa forma, os preços devem ser fixados em um patamar razoável, evitando-se que seja afetada a autonomia comercial do distribuidor. Da mesma maneira, quando da fixação dos preços de revenda pelo fabricante é fundamental que sejam levadas em conta as perspectivas de lucro do distribuidor, devendo-lhe sempre ser assegurada a condição para a obtenção da vantagem econômica pretendida com a celebração do contrato.

Outro aspecto para o qual se deve estar bastante atento no momento da formação do vínculo contratual, de forma a tornar o acordo economicamente vantajoso para ambas as partes, consiste na determinação da duração do contrato de distribuição.

Até mesmo em vista da atipicidade do contrato de distribuição, permite-se que seja para a vigência do mesmo estipulado um prazo determinado ou indeterminado.

Os contratos celebrados a prazo indeterminado são os mais flexíveis, podendo ser resilidos a qualquer tempo por qualquer uma das partes, mediante simples manifestação de vontade. A não estipulação de prazo permite, assim, que o fabricante proceda à resilição do contrato quando descontente com a atuação do distribuidor ou quando lhe seja mais interessante comercializar seus produtos diretamente, já ao distribuidor, possibilita-se-lhe que dê o contrato por resilido sempre que não se veja satisfeito com a vantagem econômica que venha obtendo em decorrência da avença.

Cumprido, contudo, que seja sempre determinado um prazo razoável para aviso prévio quando uma das partes pretenda encerrar o vínculo em um contrato a prazo indeterminado, possibilitando-se que o fabricante tenha o tempo necessário para encontrar outro distribuidor para a área e que o distribuidor possa se livrar dos estoques de produtos do fabricante, os quais não poderá mais revender após o término do contrato, e também buscar uma nova linha de produtos para comercializar⁴⁶.

A estipulação de prazo para a resolução do contrato, por sua vez, confere maiores segurança e estabilidade para a relação jurídica entabulada, na medida em que não basta a simples vontade de uma das partes para o seu término, sendo que tal só poderá ocorrer mediante mútuo acordo ou em caso de infração de cláusula contratual por alguma das partes. Em alguns casos pode ser, inclusive, prevista a recondução da relação contratual após o término do contrato, podendo esta se dar também por tempo determinado ou por tempo indeterminado.

No sentido ainda de conferir maior estabilidade à avença, possibilitando atuações mais concentradas pelos fabricante e distribuidor na execução do contrato, é premente que se estabeleça no bojo do contrato uma multa rescisória. A previsão de tal multa de certo modo imbe a rescisão unilateral e imotivada do contrato, a qual pode acarretar inúmeros prejuízos ao outro contratante.

Ressalte-se que a estipulação de tal multa vem a ser de todo necessária nos contratos de distribuição, haja vista que ante à ausência de dispositivos legais para

regulação desse contrato, especialmente no que concerne à sua terminação, não teria a parte prejudicada nenhum outro meio de ressarcir-se dos prejuízos causados pela rescisão.

Tendo em vista hipótese de rescisão unilateral pelo fabricante em detrimento do distribuidor, Marzorati⁴⁷ enumera as reclamações que podem ser por estes incluídas em seu pedido de indenização. Dessa forma, no entendimento do autor a indenização deve incluir os danos decorrentes a perda de utilidade dos produtos do fabricante mantidos em estoque, os custos com despedida de pessoal e com reparações no estabelecimento comercial e em veículos para retirar os signos distintivos do fabricante e os gastos incorridos com publicidade em favor dos produtos do fabricante. Com relação a danos morais, o autor argentino não entende ser possível a indenização decorrente de rescisão unilateral de contrato abrangê-los, seguindo o entendimento da jurisprudência majoritária em seu país.

Cumprido destacar que a indenização será determinada atentando-se para as peculiaridades de cada caso concreto, levando-se sempre em conta os prejuízos efetivamente sofridos pelo distribuidor.

1.2.4 Obrigações das Partes

Tendo em vista todas as considerações já tecidas, chega-se facilmente à definição das obrigações que competem a fabricante e distribuidor na execução do contrato de distribuição.

A principal obrigação do fabricante é a de vender as mercadorias contratadas ao distribuidor sob condições especiais e a este favoráveis. Também deve o fabricante respeitar a zona exclusiva do distribuidor, abstendo-se de comercializar, diretamente ou através de terceiros, suas mercadorias nesta área.

⁴⁶ Villaça Azevedo sugere que seja fixado prazo de 180 dias para o aviso prévio em caso de denúncia (AZEVEDO, ob. cit. p. 109).

⁴⁷ MARZORATI, ob. cit. p. 84.

Ao distribuidor cabe revender os produtos comprados junto ao fabricante, atentando-se para a quantidade mínima estipulada e sempre promovendo os produtos, objetivando a maior colocação possível dos mesmos no mercado.

Deve ainda o distribuidor pagar as faturas de compra das mercadorias emitidas pelo fabricante nas condições por este previstas.

Em suas relações com os consumidores, responde o distribuidor por sua conta e risco, não sendo conferida nenhuma obrigação ao fabricante neste aspecto.

1.3 O Contrato de Distribuição no Novo Código Civil

O art. 710 do Novo Código Civil conceitua o contrato de distribuição como a modalidade do contrato de agência em que o agente tem a posse das mercadorias para cujo escoamento colabora.

No dizer de autorizada doutrina, representada pelo comercialista Fábio Ulhôa Coelho⁴⁸, pecou referido diploma por regular um contrato de natureza bastante diversa do construído pela prática comercial, guardando maiores semelhanças com o contrato de agência do que com o contrato de distribuição inominado, cujo estudo é o objeto da presente monografia, haja vista que no primeiro a atividade do distribuidor se refere mais à aproximação entre fabricante e consumidor com o agenciamento de propostas do que à intermediação na comercialização dos produtos, que pressupõe as continuadas compras e vendas.

Em razão das diferenças entre o contrato previsto no Código e o efetivamente utilizado na prática comercial, o citado autor sugere que se os confira diversa denominação, sendo chamado o contrato inominado de distribuição – intermediação e o legalmente previsto de distribuição – aproximação.

As distinções entre as características dessas duas modalidades do contrato de distribuição não deve, contudo, obstar que se apliquem de maneira analógica ao contrato inominado certos preceitos contidos no Novo Código Civil que sejam

⁴⁸ COELHO, Curso de Direito Comercial, p. 116.

compatíveis com a sua natureza, como ocorre atualmente, na opinião de alguns autores⁴⁹, ao aplicarem-se-lhe, por analogia dispositivos da Lei nº 6.729/79.

Entre os dispositivos atinentes ao contrato de distribuição do Novo Código Civil cuja aplicação aos contratos de distribuição inominados seria de grande valia, destaca-se o art. 715 deste diploma. Estabelece este artigo que se o fabricante cessar o atendimento das propostas sem motivo justo, terá o distribuidor direito à indenização. Transplantando-se esse dispositivo para a regulação dos contratos de distribuição inominados, tem-se que em caso de rescisão unilateral e imotivada do contrato pelo fabricante, ao distribuidor seria assegurado o direito de receber indenização, mesmo que o instrumento celebrado pelas partes autorizasse tal forma de extinção do vínculo.

A aplicação dessa novidade trazida pelo Novo Código Civil seria essencial para que fossem resguardados os direitos dos distribuidores, os quais nas condições atuais se sujeitam ao livre arbítrio dos fabricantes, aos quais normalmente, por disposição contratual, é conferida a possibilidade de se extinguir o vínculo unilateralmente, sem a necessidade de apresentação de motivo justo.

Outra disposição do Novo Código Civil no mesmo sentido, só que de caráter geral, aplicável indistintamente a todos os contratos, incluindo os inominados, consiste na previsão do parágrafo único do art. 473, que prevê que a rescisão unilateral e imotivada de contratos cuja execução importe em investimentos consideráveis para uma das partes só produzirá efeitos após transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Como se vê, esse artigo é plenamente aplicável ao contrato de distribuição inominado, já que essa avença em muitos casos pressupõe a realização pelo distribuidor de investimentos de larga monta de forma a proceder à inserção dos produtos contratados em dado mercado e, em determinadas situações, criar um mercado consumidor para estes produtos. Não são poucos os casos em que os distribuidores vêm-se obrigados a suportar grandes prejuízos por haverem incorrido em custos elevados para tornar possível a execução do contrato, sendo este

⁴⁹ Assim entendem Maria Helena Diniz (DINIZ, ob. cit. p. 373) e Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, ob. cit. p. 1.319)

posteriormente resilido pelo fabricante, sem que houvesse tempo para a amortização dos investimentos do distribuidor.

Referido dispositivo, visa, pois, evitar a ocorrência de tais situações, conferindo ao distribuidor a garantia de que não sofrerá prejuízos em decorrência da extinção prematura do contrato, já que lhe será assegurada a continuidade de sua execução até que se presuma haverem sido amortizados pelo distribuidor os investimentos iniciais.

CAPÍTULO II - ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

2.1 Fundamentos do Direito Antitruste Brasileiro

Pode-se afirmar que a regulamentação do poder econômico e de seu exercício pelo direito antitruste constitui prerrogativa para a consecução das finalidades relacionadas aos princípios insculpidos no ordenamento constitucional econômico brasileiro da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Nesse sentido, Calixto Salomão Filho⁵⁰ em obra tratando sobre o sistema concorrencial brasileiro, releva a necessidade de inclusão de normas relativas ao direito antitruste na Constituição Econômica dos Estados fundados na economia de mercado, de forma a se possibilitar a regulação e o controle dos agentes nele atuantes, assegurando-se os princípios sobre os quais se funda a ordem econômica. No ordenamento constitucional brasileiro, tal previsão foi feita no § 4º do art. 173, prevendo-se a repressão, através de lei, ao abuso do poder econômico.

A necessidade de regulamentação dos agentes econômicos com base nos princípios constitucionais supra citados parte da premissa de que em sendo verificada a existência do poder econômico de forma excessiva e abusiva, tende-se à criação de barreiras ao ingresso de concorrentes em dado mercado, bem como ao estabelecimento de relações falsas ou artificiais entre o agente desfrutando de tal condição e os consumidores de seus produtos, obviamente em detrimento destes últimos.

Brilhante constatação de tal situação, qual seja dos malefícios que podem ser causados pelo poder econômico exercido sem regulamentação constitui-se a afirmação do juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Learned Hand citada pelo autor norte-americano Stephen Ross⁵¹ e a seguir transcrita: “*possession of unchallenged economic*

⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, 1 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15.

⁵¹ ROSS, Stephen. Principles of Antitrust Law, 1 ed. Nova Iorque: Foundation Press, 1993, p. 37.

*power deadens initiative, discourages thrift and depresses energy; (...) immunity from competition is a narcotic, and rivalry is a stimulant, to industrial progress*⁵².

Conforme destaca Leila Cuéllar⁵³ “A política antitruste limita o exercício da liberdade de concorrência entre empresas, objetivando prevenir a destruição da própria concorrência. Visa a manter a condição de igualdade entre concorrentes e resguardar os interesses dos consumidores, através da prevenção de delitos e punição dos infratores.”

Ressalte-se que não constitui objetivo do direito antitruste a repressão a todas as formas de manifestação de poder econômico, mas sim a somente certas modalidades de seu exercício, como aquelas que segundo ensinamento de Fábio Ulhôa Coelho⁵⁴ “têm ou podem ter o efeito de domínio dos mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros”. Segue o autor atestando que “o exercício do poder econômico que não tenha e não possa ter o efeito de dominância de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros insere-se nesse jogo (o jogo competitivo do regime capitalista) e não pode ser, sob o ponto de vista constitucional, considerado abusivo; e, em consequência, não pode ser objeto de repressão em nível legal”.

Visa-se, portanto, no âmbito da defesa da livre concorrência, permitir que sejam conferidas iguais condições de atuação no mercado, entendendo-se tal como liberdade de acesso e de permanência neste. Coíbe-se, dessa forma, o estabelecimento de barreiras ao ingresso no mercado e o exercício de práticas predatórias tendentes a excluir os demais agentes do mercado.

A proteção aos interesses do consumidor, por sua vez, baseia-se na pressuposição de que a existência de concorrência possibilita aos consumidores exercerem sua liberdade de escolha, manifestada esta na liberdade de opção entre vários produtos, levando-se em consideração aspectos como preço e qualidade.

⁵² “a posse de poder econômico não desafiado reduz a iniciativa, desencoraja a moderação e reprime a energia; (...) a imunidade à concorrência é um narcótico, enquanto a rivalidade é um estimulante, ao progresso industrial.”

⁵³ CUÉLLAR, Leila. *Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro*, Curitiba, 1997, p. 28.

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro*, 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51.

Contrariamente, pois, o poder econômico exercido de forma abusiva ou excessiva falsearia ou até mesmo abstrairia tal liberdade do consumidor, na medida em que a inexistência de concorrência possibilitaria ao agente desfrutando de posição dominante fixar preços de forma artificial e arbitrária.

Verifica-se, assim, que as normas atinentes ao direito concorrencial dirigem-se precipuamente à tutela dos interesses dos concorrentes e dos consumidores. Entretanto, podem também tais normas atentar para os interesses de outras categorias de agentes envolvidas no mercado sobre o qual se exerce o poder econômico, ou no qual se praticam atos tendentes à constituição de tal poder. Nesse contexto assume importância a regulamentação pelo direito antitruste dos contratos celebrados pelos agentes em posição dominante no mercado, merecendo especial destaque para a presente monografia a tutela dos interesses da parte contraposta nos contratos de distribuição celebrados por empresas com poder econômico no mercado em que atuam.

Objetivando a tutela desses interesses, por conseguinte, o ordenamento antitruste brasileiro veio por estabelecer duas ordens de regulamentação ao poder econômico no mercado, manifestadas no controle das estruturas e no controle dos comportamentos.

O controle das estruturas dá-se de forma preventiva, no âmbito da regulamentação dos atos tendentes à constituição da posição dominante no mercado, seja através de concentração, seja através de acordos de cooperação. Mediante tal controle, subordina-se a aprovação de atos de tal natureza à verificação das vantagens dele resultantes, em termos de eficiência e benefício aos consumidores. Do contrário, quando ficar comprovado que os prejuízos à concorrência e aos interesses dos consumidores serão superiores ao auferimento de tais vantagens, reprimir-se-á a prática de tais atos.

Já o controle dos comportamentos se verifica em dois sentidos. Primeiramente, reprimindo-se atos praticados em abuso de posição dominante já consolidada. No outro sentido, busca-se a repressão a condutas que, independentemente da existência

ou não da posição dominante atentem contra a livre concorrência, configurando-se a concorrência desleal.

Werter Faria⁵⁵, por sua vez, adota classificação diversa, estabelecendo como objeto de repressão pelo direito antitruste as práticas colusórias e abusivas. No dizer do autor, “práticas colusórias resultam de ajuste ou acordo que tenha por objetivo ou efeito restringir a concorrência”, enquanto as práticas abusivas consistiriam “na exploração do poder de mercado em prejuízo da concorrência”.

Referidas instâncias de regulamentação do poder econômico e de defesa da livre concorrência foram previstas pela Lei n.º 8.884 de 1994, a Lei Antitruste brasileira, estabelecendo esta em seu art. 20 como hipóteses genéricas de infração à ordem econômica condutas que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inc. I); dominar mercado relevante de bens ou serviços (inc. II) e exercer de forma abusiva posição dominante (inc. IV).

Além das infrações genéricas de constituição de posição dominante, abuso de posição dominante e concorrência desleal, às quais se soma o aumento arbitrário de lucros (inc. III), tal lei prevê em seu art. 21 as hipóteses de infrações específicas à ordem econômica, cuja ocorrência se submete à prévia verificação de existência de uma das infrações genéricas.

Na medida em que o fundamento do presente estudo centra-se na análise de infrações econômicas comportamentais, ou práticas abusivas, no âmbito da formação e da execução dos contratos de distribuição *stricto sensu*, deixar-se-á de lado o exame do controle das estruturas pelo direito antitruste, restringindo-se a análise sobre o controle dos comportamentos, fundamentalmente em sede de caracterização do abuso de posição dominante.

2.2 Abuso de Posição Dominante

2.2.1 Caracterização

O abuso de posição dominante, como visto, constitui infração genérica à ordem econômica, sendo previsto como tal pelo art. 20, inc. IV da Lei n.º 8.884 de 1994. Consiste na prática de atos abusivos por agente que desfrute de posição dominante no mercado, sendo, portanto, essencial para sua configuração a verificação de tal condição.

Para que o comportamento do agente seja considerado como abusivo, estabelece-se como pressuposto que este detenha poder econômico no mercado, até mesmo porque do contrário seus atos não teriam nenhum efeito lesivo. Exemplifica-se, o aumento arbitrário e artificial de preços por um agente sem posição de poder no mercado em nada afetaria os compradores dos produtos de tal agente, já que poderiam optar por adquirir outros produtos. A mesma situação verificar-se-ia no caso de recusa de uma empresa em vender para determinado comprador, já que em não detendo esta empresa posição dominante no mercado, seria dado ao comprador discriminado simplesmente procurar outro fabricante ou fornecedor⁵⁶.

Bastante ilustrativa de tal situação é a constatação de Stephen Ross⁵⁷ examinando o poder econômico no mercado norte-americano: “*Without monopoly power, a firm has no ability to unilaterally raise prices or reduce output or quality. (...) Without power, the firm cannot misallocate resources, transfer wealth from consumers to producers, deny equal economic opportunity to others, or centralize and abuse discretionary power.*”⁵⁸

Nesse sentido, constitui-se a infração consistente no abuso de posição dominante através da junção de dois elementos, quais sejam o comportamento abusivo e a própria posição dominante, sendo, contudo, premente que o segundo seja

⁵⁵ FARIA, Werter. Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição, 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, p. 7.

⁵⁶ Tal exemplo não se aplica no caso de relação de consumo, uma vez que a recusa de vendas a consumidores se configura como conduta abusiva, conforme prevê o art. 39, inc. IX do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078 de 1990).

⁵⁷ ROSS, ob. cit. p. 36.

⁵⁸ “Sem poder econômico, uma empresa não tem a capacidade de unilateralmente aumentar preços ou reduzir produtividade e qualidade. Sem poder, a empresa não poderá desviar recursos, transferir riqueza dos consumidores para os produtores, negar iguais oportunidades econômicas a outros ou centralizar e abusar discricionariamente seu poder”.

pressuposto lógico do primeiro, ou seja, o comportamento abusivo deve obrigatoriamente decorrer da posição dominante que o agente desfruta. Quanto a este ponto, Leila Cuéllar⁵⁹ atenta para a necessidade de verificação de vínculos de causa e efeito entre posição de domínio, conduta abusiva e lesão.

Distingue-se tal infração da relacionada à prática de atos tendentes à constituição de posição dominante em dois aspectos. A um, porque na primeira infração já há posição dominante constituída. A dois, porque mesmo que quando da prática da segunda infração já haja posição dominante constituída pelo agente, “nos ilícitos caracterizadores de abuso de posição dominante, o poder no mercado, ao contrário da hipótese anterior (dos atos tendentes à constituição de posição dominante), é um pressuposto, e não uma consequência dos comportamentos” nos dizeres de Calixto Salomão Filho⁶⁰.

Da infração da concorrência desleal distingue-se a ora em análise na medida em que nesta se faz necessária a existência de posição dominante para sua configuração, enquanto que aquela pode ser praticada por qualquer agente, mesmo que não detenha poder no mercado.

2.2.2 A Configuração da Posição Dominante

A imprescindibilidade da verificação da posição dominante do agente para a configuração da infração à ordem econômica ora em análise, advém, como já visto, do fato de que somente em decorrência de tal condição perante o mercado lhe é permitido atuar de forma independente e indiferente com relação aos demais agentes do mercado, frente à ausência de concorrência e, conseqüentemente, à inexistência de pressões por parte dos competidores.

A posição dominante confere, pois, ao agente que dela desfruta “absoluta liberdade de agir, sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos”,

⁵⁹ CUÉLLAR, ob. cit. p. 79.

⁶⁰ SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 224.

segundo Paula Forgioni⁶¹. Cumpre destacar duas definições no mesmo sentido de pensamento expostas pela autora em sua obra.

A primeira é a do jurista italiano Aldo Frignani⁶² para o qual “*si um’impresa è capace di esercitare sul mercato un’influenza preponderante, ciò significa che essa può agire senza dover tener conto delle reazioni dei concorrenti, mentre questi ultimi devono tener conto delle sue: essa è dunque sottratta ad una concorrenza effettiva*”⁶³.

Outra definição merecedora de destaque foi a empregada pela Corte de Justiça europeia para a qual a posição dominante “diz respeito a uma posição de poder econômico detida por uma empresa, que lhe confere o poder de obstar a efetiva concorrência no mercado em análise, facultando-lhe comportamentos independentes em relação aos próprios concorrentes, clientes, consumidores e sem que, por isso, deva sofrer qualquer consequência prejudicial.”⁶⁴

Frente a essa liberdade de atuação que tem o agente no mercado em que possui posição dominante, freqüentemente atos por ele praticados que em circunstâncias normais não seriam revestidos de ilicitude, passam a ter tal característica em razão do impacto que podem ter face a seus concorrentes, afetando ainda mais a livre concorrência na medida em que se configurem criação de barreiras à entrada destes no mercado, e face aos demais sujeitos envolvidos no mercado em questão, visto à possibilidade de estes serem afetados devido à sua sujeição ao agente economicamente dominante. Tal sujeição decorre da mitigação da concorrência, a qual força consumidores e demais sujeitos dependentes de dado mercado a contratarem com as empresas que dominam este, freqüentemente sujeitando-se a arbitrariedades e decisões unilaterais destas, tão somente por falta de opção.

A existência de posição dominante *per se*, contudo, não é reprimida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para que a existência de tal posição possa ser objeto de repressão, faz-se necessário que seja a mesma exercida de modo abusivo ou

⁶¹ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 271.

⁶² Aldo Frignani, *apud* FORGIONI, ob. cit. p. 268.

⁶³ “Se uma empresa é capaz de exercer sobre o mercado uma influência preponderante, isto significa que pode agir sem dever ter em conta as reações dos concorrentes, enquanto estes últimos, devem ter em conta as suas: é, dessa forma, subtraída uma concorrência efetiva.”

⁶⁴ FORGIONI, ob. cit. p. 268.

excessivo, através da análise de condutas específicas. Neste contexto, destaca Leila Cuéllar⁶⁵ “A Lei nº 8.884/94 prescreve não ser ilegítimo (ou ilegal) deter posição dominante no mercado. Ao contrário, permite que essa situação seja perseguida pelos empresários. Indevido é, uma vez conquistado o estado de proeminência, desvirtuá-lo, de molde a obter ganhos que, em condições normais de concorrência, não poderiam ser alcançados.”

Para que tais condutas sejam juridicamente sancionáveis sob a qualificação de abuso de posição dominante, por sua vez, cabe verificar-se a existência de tal posição, a qual constitui condição *sine qua non*, ou pressuposto máximo e indispensável, para que haja ilicitude em tais condutas. Por este motivo, torna-se fundamental a verificação da posição dominante, expediente ao qual muitos autores aludem como identificação do poder no mercado.

2.2.3 Identificação do Poder Econômico

A identificação do poder econômico no mercado pode ser feita de várias formas, atentando-se a diferentes critérios. Calixto Salomão Filho⁶⁶ divide tais critérios entre os que levam em conta a definição do mercado e os que não a levam em conta.

Entre os critérios para identificação do poder econômico no mercado que não levam em conta a delimitação do mesmo estariam os vinculados à verificação do sobrepreço⁶⁷, à análise da demanda das empresas atuantes no mercado⁶⁸, à verificação de comportamento exclusivo e típico de agentes com poder econômico⁶⁹ e à existência de lucro excessivo⁷⁰. Termina o autor, entretanto, por rechaçar a aplicação desses

⁶⁵ CUÉLLAR, ob. cit. p. 78.

⁶⁶ SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 82.

⁶⁷ Esse critério baseia-se no cálculo do chamado *Lerner Index*, o qual consiste no quociente de diferença entre preço e custo marginal para o monopolista pelo preço do monopolista. A variação do índice vai de 0 a 1, tendendo a 1 em caso de monopólio. (SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 83)

⁶⁸ Pressupõe a determinação da curva de demanda da empresa e da curva da demanda no mercado, sendo que a inclinação da curva de demanda da empresa refletirá seu poder no mercado. (SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 84)

⁶⁹ Através desse método se pretende inferir a medida de poder econômico de uma empresa pelo seu comportamento. (SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 84)

⁷⁰ Equipara-se à conduta incriminada de aumento arbitrário dos lucros. Parte da suposição de que em existindo concorrência o aumento de preços não leva ao aumento dos lucros já que haveria uma

critérios, principalmente em razão da falta de operacionalidade dos mesmos, haja vista serem seus fundamentos mais efeitos por vezes decorrentes da existência de poder econômico do que propriamente critérios de identificação, podendo ainda não se verificarem em dados casos⁷¹.

Seguindo a mesma linha, Stephen Ross⁷² cita como critérios utilizados no direito estadunidense para a identificação da posição dominante a existência de lucros excessivos e o fato de uma empresa atuar de forma inconsistente com a maneira como uma empresa enfrentando concorrência se comportaria, além do método baseado na definição do mercado.

Entretanto, face à dificuldade de aplicação prática de todos estes critérios que não se baseiam na definição de mercado e ainda em virtude do fato de os elementos aos quais os mesmos se referem nem sempre se verificarem em situações específicas na qual o agente detém posição dominante ou então se verificarem quando tal agente não a detém, utiliza-se preferencialmente como método de identificação no poder do mercado o fundado na verificação da medida de participação do agente no mercado.

Tal método pressupõe, em princípio, que o poder no mercado é proporcional ao grau de participação do agente neste. Presume-se, pois, que quando um agente detém grande parcela de participação no mercado ele detém também poder neste, poder este que lhe permite atuar desconsiderando a existência de concorrência.

A utilização de tal método exige, em primeiro lugar, a definição do mercado relevante de bens e serviços sobre o qual o agente atua, levando-se em consideração as suas dimensões materiais e geográficas. É só com a definição do mercado relevante que se poderá aferir o grau de participação do agente e, conseqüentemente, a medida de seu poder no mesmo. A determinação do mercado relevante apresenta, portanto, como finalidade precípua a delimitação do mercado em que o agente que está sendo examinado atua ou no qual se travam as relações de concorrência em apreço.

migração dos compradores para produtos mais baratos. Portanto, o aumento dos lucros só seria possível caso o agente detivesse poder no mercado. (SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 88)

⁷¹ SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 82-89.

⁷² ROSS, ob. cit. p. 36-44.

Para o autor italiano Giorgio Bernini, citado por Werter Faria⁷³, “a definição de mercado relevante representa um verdadeiro e próprio medidor do âmbito de aplicabilidade das regras da concorrência”.

A definição do mercado relevante em que uma empresa atua, tanto em seu nível material como em seu nível geográfico, depende da determinação do produto fabricado pelo agente cuja conduta se examina e de seus potenciais substitutos. Para Calixto Salomão Filho⁷⁴ e para Paula Forgiomi⁷⁵ a consideração dos produtos substitutos parte da premissa de que o aumento de preços é a principal manifestação do poder no mercado. Nesse sentido, consideram-se substitutos para os produtos produzidos por uma empresa aqueles que poderão ser adquiridos pelos consumidores em caso de elevação dos preços destes.

Para a definição do nível material do mercado relevante, deve-se levar em conta o mercado para os produtos iguais, comparáveis ou destinados ao mesmo uso que os produzidos pelo agente cuja posição se examina, compreendendo, pois, o mercado relevante do produto os produtos do agente e os seus substitutos, tanto do lado da demanda como do lado da oferta. Substitutos da demanda são todos aqueles produtos aptos, em razão de suas qualidades e de seu preço, a substituir os fabricados pelo agente. Já a determinação dos substitutos da oferta se baseia na possibilidade de outras empresas virem a ingressar no mercado em que o agente atua oferecendo seus produtos. Dessa forma, o mercado relevante em que um agente atua seria definido com base nos produtos por ele fabricados ou comercializados e nos seus possíveis substitutos.

Cumprе ressalvar que a determinação dos substitutos da demanda não leva apenas em consideração a identidade ou semelhança dos produtos, já que por vezes produtos ou serviços diversos podem se prestar ao mesmo fim, como destaca Leila Cuéllar⁷⁶. Ainda no entendimento da autora produtos semelhantes nem sempre poderão ser considerados substituíveis entre si, vez que podem se diferenciar em

⁷³ Giorgio Bernini, *apud* FARIA, ob. cit. p. 23.

⁷⁴ SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 92.

⁷⁵ FORGIONI, ob. cit. p. 202.

⁷⁶ CUÉLLAR, ob. cit. p. 67.

outros aspectos, como a destinação que lhe é conferida pelos seus compradores ou a diferença de preços entre ambos.⁷⁷

Adotando posicionamento mais prático, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE manifestou ao decidir processo administrativo envolvendo duas grandes companhias atuantes no ramo de cigarros o entendimento de que não basta a aptidão de um produto para substituir o outro para se determinar a sua inclusão no mercado a ser considerado, sendo ainda premente, como se extrai da decisão, “saber se os produtos são realmente substituídos pelo público em geral”, influenciando para tanto “fatores como o preço, o uso e a qualidade”⁷⁸.

Na determinação do mercado geográfico, toma-se a área em que atua empresa. O mercado relevante, dessa forma, poderá ser bastante restrito, como o bairro de uma cidade, ou bastante amplo, podendo abranger todo o mercado mundial.

Definido o mercado em seus âmbitos material e geográfico, parte-se para uma segunda análise consistente na determinação da parcela do mercado detida pelo agente.

Inobstante tal método ser o mais largamente utilizado, reconhecem-se as suas limitações, tenha-se em vista a freqüente dificuldade em se definir o mercado relevante, bem como o fato de a participação no mercado nem sempre refletir a medida de poder do agente no mesmo. Seguindo essa linha de pensamento, Paula Forgioni⁷⁹ destaca que o método baseado na definição de mercado relevante produz um forte indício sobre a existência ou não de posição dominante, ressalvando que “o percentual de participação no mercado só adquire algum valor, para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado àquele dos concorrentes”. Tal observação é bastante oportuna, visto que não estará o agente desfrutando de posição dominante quando, a despeito de deter parcela substancial do mercado, existam outras empresas atuantes no mesmo detendo parcela equivalente ou ainda superior à sua.

Configura-se como premente, por conseguinte, para a identificação do poder no mercado que se leve em consideração não apenas a parcela detida pelo agente, mas

⁷⁷ CUÉLLAR, ob. cit. p. 67.

⁷⁸ Ministério da Justiça – Secretaria de Direito Econômico – Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25. Disponível em www.mj.gov.br/sde/parecer_processo.htm. Acesso em 19 de agosto de 2002.

⁷⁹ FORGIONI, ob. cit. p. 284.

também o comportamento por este adotado e a verificação da existência de barreiras à entrada de concorrentes. Tal entendimento, conforme refere Stephen Ross⁸⁰ foi o adotado pela Suprema Corte americana para condenar empresa que, apesar de não deter parcela substancial do mercado considerado relevante, agia como se desfrutasse de posição dominante, tendo-se em vista a desproporção dos lucros por ela auferidos em comparação com outras empresas do mesmo setor, o fato de haver reconhecido em documentos internos a possibilidade de aumentar preços discricionariamente, simplesmente para aumentar os lucros e a atitude de pressionar o governo norte-americano a estabelecer barreiras à entrada de produtos importados que competissem com os seus.

A verificação do poder no mercado não depende, pois, tão somente da parcela de participação do agente no mesmo, prescindindo-se também da análise de seus comportamentos.

Pode-se dizer que a legislação brasileira em parte adotou o método de identificação do poder econômico baseado na definição do mercado relevante, já que a Lei n° 8.884 de 1994 prevê no § 3° de seu art. 20 que se presumirá a posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controlar 20% de seu mercado relevante. Verifica-se, dessa forma, que o legislador brasileiro deixou, no entanto, uma ressalva implícita quanto à aplicação do método baseado na definição do mercado relevante, vez destacar partir-se de uma presunção de que detendo o agente dada parcela de seu mercado haverá constituição de posição dominante.

Para Paula Forgioni⁸¹, tal presunção será *iuris tantum*, sendo essencial a verificação do comportamento adotado pelo agente no mercado. No mesmo sentido, Fábio Ulhôa Coelho⁸² destaca ser tal presunção relativa e servir como uma forma de distribuição do ônus da prova já que, nas palavras do autor, “se o agente participa aquém do percentual de vinte por cento do mercado relevante, caberá às autoridades administrativas provarem, por outros elementos econômicos, que ele controla o

⁸⁰ ROSS, ob. cit. p. 53

⁸¹ FORGIONI, ob. cit. p. 286.

⁸² COELHO, Direito Antitruste Brasileiro p. 58.

segmento. Por outro lado, se o agente participa além do percentual, caberá a ele provar em sua defesa que não exerce o controle”.

Cumprido destacar, ainda, que nem sempre a posição dominante do agente decorrerá da parcela de sua participação no mercado, podendo ter outras causas. Entre essas causas, destaca a Paula Forgioni⁸³ o grau de dependência dos consumidores aos produtos da empresa, manifestada tanto na fidelidade como na necessidade dos consumidores com relação a dado produto; a potência econômica da empresa ou do grupo ao qual pertence, o que possibilita um maior afluxo de recursos; a estrutura avançada da empresa, nos casos em que esta controlar todas as fases de produção e comercialização de dado bem, o que implicará na redução de custos; e o domínio de tecnologia à qual as demais empresas do mercado não têm acesso. Destarte, identifica a autora a posição dominante na existência de tais vantagens competitivas o que possibilita o domínio do mercado sem a detenção de parcela substancial do mesmo.

Na mesma linha de pensamento, citado por Leila Cuéllar⁸⁴, Cabanellas de las Cuevas procurou enumerar todas as circunstâncias nas quais se poderia aferir a existência de posição dominante por um determinado agente.

Entre essas circunstâncias, as principais seriam o número de empresas atuantes no mercado relevante, identificando-se o poder econômico no caso de uma empresa atuar solitariamente neste; a participação proporcional da empresa no mercado, verificando-se os indícios do exercício de posição dominante quando a empresa possuir parcela substancial do mercado; o tamanho absoluto da empresa, o qual pode manifestar uma tendência à posição dominante face ao maior acesso a recursos financeiros entre outras vantagens; a relação preço – custo da empresa, podendo-se identificar a posição dominante quando uma empresa for capaz de obter lucros excessivos por um bom período de tempo; as relações com canais de distribuição, facilitando o escoamento da produção da empresa; a elasticidade da demanda, consistente na posição dos consumidores frente a seus produtos; o poder de fixação de preços, além de outras situações conjunturais, como a escassez de oferta para os produtos que a empresa produz ou comercializa.

⁸³ FORGIONI, ob. cit. p. 293-299.

Fica claro, assim, que a identificação do poder econômico no mercado não depende da verificação de um único fator, seja ele a detenção de parcela significativa do mercado ou o aumento abusivo de preços, por exemplo, fundando-se, em verdade, na conjugação de vários fatores que permitam se definir com clareza se um agente desfruta ou não de posição dominante.

2.2.4 Condutas Típicas

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro reprimir a prática de atos exercidos em abuso de posição dominante, não define a lei antitruste de forma taxativa as condutas que configurariam tal infração, limitando-se, em seu art. 21, a enumerar exemplificativamente certas condutas cuja ilicitude decorreria de sua conjugação com alguma das infrações genéricas contra a ordem econômica previstas nos incisos do art. 20.

Deixa-se, pois, a determinação da prática de abuso de posição dominante para a análise do caso concreto, desde que se identifique a efetiva posição dominante do agente e a abusividade de sua conduta. Podem-se, contudo, citar algumas condutas que traduzem, essencialmente, casos de abuso de posição dominante, na medida em que são largamente verificadas em casos práticos ou em que suas prática e abusividade exigem que o agente esteja desfrutando de posição dominante.

Examinando as hipóteses de infração específica contidas no art. 21 da Lei nº 8.884 de 1994, Salomão Filho⁸⁵ afirma serem relacionadas ao abuso de posição dominante as previstas nos incisos XII, XIII, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV. Seriam elas a discriminação de adquirentes, a recusa de venda, a interrupção da produção, a cessação das atividades da empresa, a retenção de bens de produção ou de consumo, a venda casada e a imposição de preços excessivos.

Tratando sobre o tema das práticas típicas de abuso de posição dominante, Paula Forgioni⁸⁶ se atém sobre os aspectos relativos aos preços, especialmente no que

⁸⁴ Cabanellas de las Cuevas, *apud* CUÉLLAR, ob. cit. p. 73-75.

⁸⁵ SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 226.

⁸⁶ FORGIONI, ob. cit. p. 301-318.

tange aos preços não eqüitativos. Sob tal denominação, encontrar-se-iam a imposição de preços excessivos, os preços predatórios e o chamado *price squeezing*.

Com base no direito da concorrência europeu, o autor inglês Richard Whish⁸⁷ distingue as condutas de abuso de posição dominante entre as relativas ao preço e as não relativas ao preço. Entre as primeiras, inclui o autor a redução predatória de preços, a redução seletiva de preços, a imposição de preços excessivos e o já citado *price squeezing*. Como condutas não relacionadas ao preço, elenca os compromissos de exclusividade, a venda casada e a recusa de venda.

A simples verificação da prática de uma dessas condutas que configure abuso de posição dominante, todavia, não acarreta necessariamente na sua ilicitude, sendo premente que se analisem os prejuízos por ela causados e os benefícios auferidos em razão de sua prática. Nesse sentido, não se adota no direito antitruste brasileiro uma consideração da ilicitude da conduta de *per se*⁸⁸, ou seja, em razão de sua mera existência.

A não repressão das práticas que caracterizem o exercício de abuso de posição dominante de *per se* pode ser constatada pelas ressalvas feitas quanto à previsão da condutas nos incisos do art. 21 da Lei antitruste brasileira. Exemplificando-se, para que a interrupção da produção seja ilícita é necessário que não haja justa causa, enquanto a retenção de bens de produção ou consumo não será considerada conduta ilícita quando for empregada para a garantia da cobertura dos custos de produção.

Tem-se, por conseguinte, que para a determinação da ilicitude de uma conduta praticada em exercício de posição dominante, faz-se necessária a análise do caso concreto, atentando-se para a razoabilidade da conduta e para a existência ou não de causas justificativas.

Muitas das condutas aqui referidas, no entanto, não serão objeto de exame aprofundado nesta monografia, vez que nem todas assumem relevância com relação ao tema central desta, qual seja o contrato de distribuição, como é o caso das práticas

⁸⁷ WHISH, Richard. *Competition Law*, 4 ed. Bath: Butterworths, 2001, p. 601-672.

⁸⁸ Conforme leciona Paula Forgioni “a consideração de uma prática como um ato ilícito *per se* faz com que ela seja considerada em si mesma anticompetitiva, de sorte que não é necessário efetuar uma ponderação entre os benefícios e os prejuízos para a concorrência que dela adviriam”. (FORGIONI, ob. cit. p. 184)

relacionadas ao preço na classificação de Richard Whish. Às condutas cuja verificação é mais comum na execução do contrato de distribuição, será dedicado o próximo capítulo, no qual elas serão analisadas detalhadamente.

CAPÍTULO III - ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

3.1 A Regulação dos Contratos de Distribuição pelo Direito Antitruste

A regulação pelo direito antitruste exercida no âmbito da formação e da execução dos contratos de distribuição se dá, principalmente, no sentido da repressão às práticas colusórias e abusivas.

Práticas colusórias seriam as condutas que tivessem como objeto a eliminação da concorrência no mercado em que o agente atua. No caso específico dos sistemas de distribuição *lato sensu*, englobando-se os contratos de distribuição, agência e concessão comercial, entre outros, as práticas colusórias se manifestam através de acordos verticais entre fabricantes e comerciantes, isto é, entre agentes em planos diversos no mercado. Tais acordos verticais serão objeto de repressão pelo direito antitruste quando tiverem como finalidade a eliminação da concorrência ou a criação de obstáculos à entrada de concorrentes no mercado. No dizer de Werter Faria⁸⁹: “com a realização de acordo vertical, empresas que se encontram em fases diferentes do processo de produção ou comercialização limitam a concorrência entre as colocadas numa das etapas”.

A suscetibilidade do contrato de distribuição *stricto sensu* a práticas colusórias advém da forma da relação usualmente mantida entre fabricante e distribuidores, denominando-a Werter Faria⁹⁰ de integração, enquanto Claudineu de Melo⁹¹ e Maria Helena Diniz⁹² chegam inclusive a falar em um controle empresarial do distribuidor pelo fabricante⁹³. Identificam-se, pois, colusões verticais nos contratos de distribuição sempre que este seja utilizado por fabricante e distribuidor como uma forma de restringir a concorrência no mercado em que algum deles atua. A forma mais comum

⁸⁹ FARIA, ob. cit. p. 17.

⁹⁰ FARIA, ob. cit. p. 47.

⁹¹ MELO, ob. cit. p. 115.

⁹² DINIZ, ob. cit. p. 381.

de prática colusória nos contratos de distribuição consiste no estabelecimento de cláusulas de exclusividade de aprovisionamento, hipótese na qual será afetada a livre concorrência no mercado em que atua o fabricante pelo fechamento dos canais de distribuição, conforme exemplo citado por Werter Faria⁹⁴.

As práticas abusivas, por sua vez, seriam aquelas condutas exercidas pelo agente em posição dominante no mercado em que atua, em detrimento da concorrência ou em prejuízo dos consumidores ou demais agentes presentes no mercado. A dependência do distribuidor com relação ao fabricante chega a ser tanta que Claudineu de Melo⁹⁵ chega a se referir a um controle empresarial de fato daquele por este. De fato, assim se exprime o autor “A essa altura, a sua dependência (a do distribuidor) é tal, perante o fabricante, que a sua força para negociar ou questionar uma decisão deste torna-se tênue a ponto de levá-lo a omitir-se diante de direitos indisputáveis.”⁹⁶

Nessas circunstâncias, ou seja, detendo o fabricante posição dominante, não resta outra alternativa ao distribuidor que não com ele contratar submetendo-se às condições impostas, ainda que sejam abusivas, sendo abstraída, portanto, a autonomia de sua vontade. Em recusando as condições impostas pelo fabricante, encontraria o distribuidor dificuldades para contratar com outros fabricantes a comercialização de seus produtos em razão da posição dominante detida pelo outro fabricante, motivo pelo qual sujeita-se o distribuidor às condições abusivas por este impostas. Em vista de todos esses fatos, deve ser relativizada a importância da declaração do distribuidor quando contratando com agente detentor de posição dominante no mercado.

Assim como com relação às práticas colusórias, o contrato de distribuição *stricto sensu*, em razão das características que lhe são peculiares, é bastante suscetível à ocorrência de práticas abusivas por alguma das partes nele envolvidas, quase sempre pelo fabricante. Entre as características do contrato de distribuição que facilitam as

⁹³ Cumpre destacar que para Claudineu de Melo nesse caso haveria o controle de direito do distribuidor pelo fabricante, distinto do controle de fato, este sim ilícito e verificado nos casos de abuso de posição dominante pelo fabricante. (MELO, ob. cit. p. 115-137)

⁹⁴ FARIA, ob. cit. p. 18.

⁹⁵ MELO, ob. cit. p. 138-153.

⁹⁶ MELO, ob. cit. p. 151.

práticas abusivas têm-se, principalmente, a sua atipicidade⁹⁷, o fato de frequentemente serem contratos de adesão e a também freqüente superioridade econômica, e conseqüentemente jurídica, do fabricante sobre o distribuidor⁹⁸.

Por ser o contrato de distribuição um contrato inominado, característica esta que persistirá até a entrada em vigência do Novo Código Civil, possuem as partes envolvidas na sua formação e execução ampla liberdade para a determinação das cláusulas que regerão o acordo. Na medida em que a lei, em um primeiro momento, não regula o contrato de distribuição estabelecendo limites à livre autonomia das partes, é dado a estas disporem livremente sobre as condições sob as quais o acordo será regido.

A superioridade econômica do fabricante, por sua vez, revela-se haja vista que a distribuição é usualmente contratada por empresas de grande porte, atuantes em vários mercados. Já o distribuidor, normalmente é o comerciante regional, atuando apenas nas proximidades de seu estabelecimento. Deve-se, entretanto, destacar que tal situação não é uma constante, podendo-se identificar casos excepcionais no qual o poder econômico do distribuidor é superior ao do fabricante com quem contrata.

A proibição de estabelecimento de condições contratuais diversas entre o fabricante e seus distribuidores, o que configuraria discriminação entre adquirentes, como já foi visto, leva o fabricante a utilizar-se de um instrumento único e pré-elaborado para formalizar os acordos com sua rede de distribuição. Em decorrência de tal fato, o contrato de distribuição assume a condição de contrato por ou de adesão, conforme as especificidades do mercado em que se contrata.

⁹⁷ Cumpre destacar que adota-se aqui o entendimento da doutrina majoritária de considerar o contrato de distribuição como atípico. Com efeito, somente o consideram legalmente típico os autores que o equiparam à concessão comercial, reportando-se, assim, à lei 6.729/79. Mesmo Claudineu de Melo, para quem o contrato de distribuição é típico, não se refere à nenhuma previsão legal do mesmo, sendo que para este autor sua tipicidade adviria da presença de características próprias e não da previsão legal.

⁹⁸ Essa situação, entretanto, nem sempre será verificada, podendo-se citar hipóteses em que sucede exatamente o contrário, como no caso da reclamação formulada perante a *Federal Trade Commission*, entidade norte americana de defesa da concorrência, contra a distribuidora de brinquedos Toys "R" Us Inc., a qual foi condenada por impor a seus fabricantes condições para que estes vendessem seus produtos a outras distribuidoras, havendo ficado caracterizado o abuso de posição dominante por parte

A associação de todas estas características resulta na possibilidade de o fabricante definir de forma unilateral as cláusulas sob as quais o contrato se regerá, freqüentemente em detrimento dos interesses dos distribuidores. Por vezes tal imposição por parte do fabricante pode assumir um caráter abusivo, sujeitando os distribuidores aos interesses daquele.

Em vista de tal possibilidade é que surgem as práticas abusivas no seio dos contratos de distribuição. Tais práticas podem assumir um rol inumerável de formas, sendo as condutas abusivas mais verificadas nos contratos de distribuição a discriminação entre distribuidores e a imposição de condições a estes, além de outras relacionadas à exclusividade, tanto em seu âmbito territorial como material.

Deve-se ter em mente, todavia, a dificuldade da definição de uma conduta como colusória ou abusiva diante de dado caso, haja vista ser bastante tênue e linha que divide ambas, podendo certas práticas enquadrarem-se nas duas hipóteses, em uma primeira análise. A principal diferença entre ambas reside no fato de as práticas colusórias resultarem de acordo entre fabricantes e distribuidores para a limitação da concorrência, enquanto as práticas abusivas se manifestam na imposição de condições de uma parte à outra, na absoluta maioria das vezes do fabricante ao distribuidor. A necessidade de diferenciação entre ambas decorre do fato de no caso das práticas colusórias ser o distribuidor considerado como agente da infração ao lado do fabricante, sendo que em caso de abuso de posição dominante o distribuidor será a vítima.

Tênue também será a linha que divide as condutas abusivas das condutas desleais, referentes ao ilícito da concorrência desleal. Como foi referido no capítulo anterior, a distinção entre ambas centra-se na desnecessidade de o agente das condutas desleais estar desfrutando de posição dominante no mercado.

3.2 Situações de Abuso de Posição Dominante nos Contratos de Distribuição

dessa empresa. (*Federal Trade Commission, File n. 9410040, Docket n. 9278*. Disponível em www.ftc.gov/os/caselist/d9278.htm. Acesso em 19 de agosto de 2002).

Antes de se iniciar a análise das condutas praticadas em abuso de posição dominante no seio dos contratos de distribuição, cumpre destacar que não se pretende abranger todas as hipóteses que podem ser assim qualificadas. Isto porque o abuso de posição dominante é um conceito aberto podendo ser sob tal denominação incluídas quaisquer condutas abusivas que possam acarretar em prejuízo à livre concorrência e aos interesses dos consumidores e demais agentes do mercado desde que o agente detenha posição dominante neste. Por este motivo, as legislações que estabelecem rol de condutas de abuso de posição dominante, bem como os autores que pretendem enumerá-las, fazem-no de forma exemplificativa e não taxativa, diante da impossibilidade de se preverem todas as condutas que possam se enquadrar sob tal conceito.

Nas situações que ora se examinam, poderia configurar-se como situação de abuso de posição dominante nos contratos de distribuição qualquer conduta abusiva cometida por alguma das partes do contrato, detentora de posição dominante, em razão desta posição. Diante da impossibilidade de se analisarem todas as condutas abusivas que possam ser cometidas nos contratos de distribuição, ateve-se a presente monografia às condutas cuja prática é mais comum, assim como sua análise pelos autores que lecionam sobre o tema. São elas a discriminação entre distribuidores, a fixação de preços de revenda e as vendas casadas, além das práticas abusivas relacionadas às cláusulas de exclusividade territorial e de provisionamento.

Outras práticas, contudo, que poderiam ser reputadas como condutas abusivas, como as previstas nos incisos XX (interrupção ou redução em grande escala da produção), XXI (cessação parcial ou total das atividades da empresa) e XXII (retenção de bens de produção ou de consumo) do art. 21 da Lei Antitruste, além das condutas relacionadas ao preço (preços predatórios, lucros excessivos, *price squeezing*, etc.) não foram analisadas na presente monografia por não guardarem relação direta com os contratos de distribuição.

De fato, inobstante tais condutas poderem afetar a atividade de distribuição, sua prática não se dá no âmbito da formação e execução desses contratos. Exemplificando, o distribuidor será certamente afetado se o fabricante interromper sua produção, mas

tal em nada se refere ao contrato de distribuição em si. As práticas relativas aos preços, por seu turno, somente terão importância quando refletirem práticas como a discriminação entre distribuidores e a venda casada. Do contrário, constituirão políticas comerciais adotadas pelos fabricantes em todos os níveis de sua atividade e não apenas com relação a seus distribuidores.

Ainda se pode citar certas condutas que seriam consideradas abusivas em circunstâncias normais porém não assumem tal feição quando verificadas no âmbito do contrato de distribuição. Seria o caso da recusa de vendas, prevista no inciso XIII do art. 21 da Lei Antitruste brasileira. Na medida em que o contrato de distribuição é reputado como um contrato *intuitu personae*, como visto no primeiro capítulo, atentando sempre o fabricante para as características do distribuidor ao contratar, afigura-se como legítima a atitude do fabricante de se recusar a vender para um distribuidor, ainda mais quando já houver contratado com outro distribuidor para a mesma área, havendo-lhe conferido direito de exclusividade territorial.

3.2.1 Discriminação entre Distribuidores

Nos termos do inciso XII do art. 21 da Lei nº 8.884 de 1994, constitui infração à ordem econômica “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços”.

Assim como no caso das demais infrações previstas no art. 21 de referido diploma legal, a incriminação da conduta supra citada apenas se dará quando sua prática estiver submetida a alguma das infrações genéricas à ordem econômica previstas no art. 20 da mesma lei. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho⁹⁹ considera que a discriminação entre adquirentes consubstancia-se em conduta relacionada ao abuso de posição dominante.

Uma vez que a discriminação entre adquirentes foi prevista na legislação antitruste e que a sua ilicitude está sujeita à verificação de abuso de posição

⁹⁹ SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 226.

dominante, fica claro que o direito brasileiro optou por adotar entendimento diverso do adotado pelo direito norte-americano, visto neste referida discriminação ser considerada ilícita sempre que configurada, independentemente da verificação da posição do agente no mercado.

No direito comunitário europeu, por sua vez e assim como no direito brasileiro, a discriminação entre adquirentes também se submeteu ao regulamento do direito antitruste, considerando a alínea “d” do item 1 do art. 85 do Tratado de Roma conduta abusiva “Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência”.

Consiste a discriminação entre adquirentes na conduta de se estabelecerem condições diversas para aquisição de um mesmo produto a adquirentes situados em uma mesma posição. Para Werter Faria¹⁰⁰, “a discriminação consiste em adotar preços desiguais, como se dá na concessão de vantagens excepcionais a determinado cliente, ou na recusa de concessão de benefícios habitualmente atribuídos aos demais”.

No âmbito do contrato de distribuição, tal prática é bastante comum, manifestando-se no tratamento diferenciado conferido por um fabricante a seus distribuidores, seja concedendo vantagens a um deles, sem fazê-lo com relação aos demais, seja negando a um deles vantagens que concede aos demais. Para Richard Whish¹⁰¹, os principais objetivos do fabricante ao discriminar distribuidores seriam, entre outros, recompensar os distribuidores que lhe fossem mais fiéis e manter em sua rede distribuidores que estariam iniciando negociações com outros fabricantes com os quais aquele concorresse.

A discriminação entre seus distribuidores pelo fabricante pode se dar de diversas formas, podendo incidir sobre os preços das mercadorias, os prazos e condições para pagamento, entre outros. A forma mais freqüente de discriminação, porém, é a efetuada através da concessão de descontos e abatimentos nos preços das mercadorias a dados distribuidores.

¹⁰⁰ FARIA, ob. cit. p. 133.

¹⁰¹ WHISH, ob. cit. p. 653.

Richard Whish¹⁰² cita como exemplos de manifestações discriminatórias a concessão de descontos de fidelidade, o corte seletivo de preços e a própria discriminação de preços em si.

Como já foi afirmado, contudo, no direito brasileiro a discriminação entre distribuidores somente constituirá infração à ordem econômica quando for praticada em abuso de posição dominante, ou seja, quando o agente detiver parcela substancial do mercado em que atua, não sendo, dessa forma, possível ao distribuidor prejudicado pela prática contratar com outro fabricante nas mesmas condições que o distribuidor favorecido.

Com efeito, o distribuidor prejudicado pela discriminação fica no mercado em que atua situado em uma posição de inferioridade ao distribuidor favorecido, tendo este, em virtude dos benefícios que lhe foram outorgados, melhores condições para o exercício de sua atividade comercial. Portanto, mesmo que o distribuidor prejudicado possa contratar com outro fabricante, a sua competitividade continuará reduzida a não ser que o outro fabricante possa lhe proporcionar condições iguais ou melhores que as recebidas pelo distribuidor favorecido. Por esse motivo, tem-se que haverá abuso de posição dominante mesmo quando o fabricante enfrentar concorrência no mercado, sempre que não for possível ao distribuidor encontrar outros fabricantes que lhe confirmem as mesmas vantagens outorgadas ao distribuidor favorecido pela prática discriminatória.

Diante do exposto, pode-se notar que a discriminação entre distribuidores tem por efeito a restrição da concorrência no mercado em que estes atuam, ou como definido pela doutrina americana no *downstream market*¹⁰³, de forma a deixar claro que a concorrência não é afetada, em um primeiro momento, no nível da empresa dominante, mas sim no imediatamente abaixo deste, qual seja no âmbito da atuação de seus distribuidores. A outorga de benefícios a alguns distribuidores possibilita que estes adquiram vantagens competitivas com relação aos demais, reduzindo-se a

¹⁰² WHISH, ob. cit. p. 639.

¹⁰³ A expressão *downstream market* se refere ao mercado imediatamente inferior ao do agente cuja conduta se analisa, ou seja, no caso do agente ser um fabricante, o *downstream market* será o mercado através do qual ele procede ao escoamento de sua produção.

competitividade destes e, conseqüentemente, minando-se a livre concorrência no mercado da distribuição. Dá-se origem através da discriminação entre distribuidores a uma distorção no processo competitivo no mercado em que atuam os distribuidores da empresa dominante, segundo Richard Whish¹⁰⁴.

Todos esses aspectos envolvendo a limitação da concorrência no chamado *downstream market*, bem como a caracterização do abuso de posição dominante através da discriminação de preços foram bem analisados pelo *Federal Trade Commission* (Comissão Federal do Comércio), entidade em parte responsável pela regulação da concorrência nos Estados Unidos, no caso envolvendo a *Mc Cormick & Company Inc*¹⁰⁵. Decidindo acerca de reclamação formulada contra referida empresa, detentora de parcela considerável do mercado norte-americano para temperos, exercendo posição dominante neste, a *Federal Trade Commission* considerou existir conduta de discriminação entre distribuidores na medida em que aquela vendia produtos a preço inferior a certos distribuidores em comparação com os demais.

Essa empresa, a despeito de possuir uma tabela geral de preços para o mercado norte-americano, em negociações diretas com alguns de seus distribuidores, conferia-lhes descontos na compra das mercadorias a serem posteriormente revendidas. Como a *Mc Cormick & Company Inc.* desfrutava de posição dominante no mercado em que atuava, o *Federal Trade Commission* levou em conta na incriminação da conduta as reduzidas possibilidades que se apresentavam aos distribuidores desfavorecidos de adquirir produtos semelhantes em condições equivalentes às conferidas pela empresa aos distribuidores favorecidos pela prática.

O aspecto mais importante, contudo, de tal decisão para o direito antitruste, reside no entendimento adotado pelo *Federal Trade Commission* de que a discriminação entre distribuidores tem como efeito a limitação da livre concorrência no âmbito do mercado dos distribuidores, haja vista que os distribuidores desfavorecidos não estariam em condições de competir com os demais.

¹⁰⁴ WHISH, ob. cit. p. 657.

¹⁰⁵ *Federal Trade Commission. File n. 9610050, Docket n. C-3939.* Disponível em www.ftc.gov/os/caselist/c3939.htm. Acesso em 19 de agosto de 2002.

No mesmo sentido, o caráter abusivo da discriminação entre adquirentes no âmbito do direito da concorrência europeu se sujeita à verificação da sua aptidão em colocar os adquirentes em situação de desvantagem competitiva, como se auferia da parte final da redação do dispositivo constante do Tratado de Roma acima transcrito. Este estipula como pressuposto para a determinação da abusividade da conduta o fato de a discriminação colocar os adquirentes desfavorecidos em desvantagem no mercado.

Deve-se ainda levar em conta que os motivos pelos quais a empresa dominante decide implantar a política de discriminação podem refletir uma intenção de restringir a concorrência também no mercado em que atua. Os descontos de fidelidade e o corte seletivo de preços para impedir que seus distribuidores contratem com suas concorrentes são bons exemplos de práticas tendentes a limitar a concorrência no mercado da empresa dominante.

Exemplo dessa tendência é exposta pelo britânico Richard Whish¹⁰⁶, o qual, examinando o direito da concorrência da União Européia, cita a reclamação trazida perante a Comissão Européia contra uma empresa atuante na comercialização de açúcar e detentora de posição dominante em tal mercado, que introduziu em seu sistema de distribuição os denominados descontos por fidelidade (*loyalty rebates*). Ou seja, referida empresa conferia descontos aos distribuidores que se ativessem somente à distribuição de seu produtos, deixando de comercializar produtos de empresas concorrentes. Uma vez que tais descontos só eram concedidos aos distribuidores “fiéis”, considerou a Comissão tratar-se de hipótese de discriminação entre distribuidores.

Na condenação à referida empresa, a Comissão Européia foi ainda mais longe, considerando que tais descontos por fidelidade possuíam o mesmo efeito que as cláusulas de exclusividade de aprovisionamento, restringindo a concorrência no âmbito da comercialização do açúcar através da tendência de fechamento dos canais de distribuição.

¹⁰⁶ WHISH, ob. cit. p. 641.

Ante essas definições trazidas pela jurisprudência dos entes norte-americano e europeu de regulação antitruste, nota-se o caráter nocivo da prática ora em análise à livre concorrência, tanto no âmbito do mercado dos distribuidores como no dos fabricantes.

Nem sempre, no entanto, a concessão de vantagens a certos distribuidores poderá ser considerada uma conduta abusiva. A concessão de descontos com base em critérios objetivos, como por exemplo a efetividade do distribuidor na revenda dos produtos ou a pontualidade do mesmo nos pagamentos das faturas, não poderá ser considerada conduta discriminatória, vez que qualquer distribuidor poderá ser beneficiado por tais vantagens sem imposição de encargos excessivos ou prejuízo à concorrência, como nos descontos por lealdade.

Tal consideração assume especial importância no direito antitruste brasileiro, vez que este ao não adotar o critério de condenação das condutas *per se* sujeita-se a ilicitude das condutas à verificação de seu caráter abusivo e do prejuízo à livre concorrência. Por conseguinte, resta claro que a discriminação entre distribuidores somente será considerada conduta ilícita quando ficar comprovada a sua abusividade.

Cumprido, por fim, citar um exemplo de discriminação entre adquirentes no âmbito do direito brasileiro. Recentemente, foi formulada reclamação perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE pela rede de distribuidores da Companhia de Bebidas das Américas (AmBev)¹⁰⁷. Segundo a reclamação, a multinacional brasileira estaria discriminando os adquirentes de suas mercadorias, já que os preços de venda das bebidas por ela fabricadas para supermercados seria inferior aos cobrados dos distribuidores. Tendo em vista o fato de tal reclamação ser recente, não havendo sido emitido qualquer parecer no momento em que essa monografia foi escrita, desconhecem-se, contudo, os detalhes desse caso, bem como a verossimilhança da pretensão exposta pelos reclamantes.

¹⁰⁷ Notícia veiculada na Gazeta Mercantil de 22 de fevereiro de 2002.

3.2.2 Fixação de Preços de Revenda

A fixação dos preços de revenda vem incriminada no ordenamento antitruste brasileiro pelo inciso XI do art. 21 da Lei Antitruste sob a denominação de imposição de condições a distribuidores. Essas condições podem se referir não somente ao preço, mas também quotas de compra e de revenda, repasse de descontos, entre outras. Entretanto, por ser a prática mais comum, a fixação de preços de revenda merece maior atenção. Nunca é demais destacar que assim como as condutas elencadas nos demais incisos do art. 21, a ilicitude da fixação dos preços de revenda se sujeitará à verificação do abuso de posição dominante, ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, no qual é considerada ilícita *per se*.

Trata-se de prática bastante comum nos contratos de distribuição o fabricante fixar os preços pelos quais deverão ser revendidos seus produtos. Sua existência decorre inclusive do objetivo do fabricante ao contratar a distribuição, qual seja inserir seus produtos em dado mercado.

Para que se verifique a conduta abusiva, não é necessário que o fabricante fixe um preço específico, já que a fixação de preços mínimos ou máximos da mesma forma limitará a liberdade do distribuidor e poderá acarretar em prejuízo à concorrência. Variam, contudo os motivos que levam o fabricante a arbitrar um limite para o preço de revenda de seus produtos, bem como os efeitos que de tal podem decorrer.

Com efeito, ao fixar um preço máximo, pretenderá o fabricante maximizar a inserção de seu produtos nos mercados atendidos por seus distribuidores. A fixação de um preço máximo terá como finalidade manter os preços de seus produtos reduzidos, tornando-os, assim, mais atrativos aos consumidores e possibilitando um aumento de vendas. Ademais, visa evitar que os consumidores passem a comprar produtos de outros fabricantes em razão de os distribuidores estarem vendendo a um preço superior ao da média.

O principal efeito nocivo da fixação de preços máximos será a limitação da livre autonomia do distribuidor. Ao lhe ser imposta tal exigência, perde o distribuidor a autonomia de decidir a margem de lucro que buscará obter através de sua atividade.

Essa situação seria ainda mais grave na hipótese de o fabricante, sem atentar aos interesses de seus distribuidores, fixar um preço máximo pouco superior ao preço de compra, impossibilitando o distribuidor de auferir qualquer lucratividade com a distribuição.

A fixação de preços mínimos, por sua vez, possui motivação diferente, sendo que a principal razão que leva os fabricantes a arbitrá-la consiste na tentativa de se evitarem guerras de preços no âmbito da distribuição que possam levar seus distribuidores à ruína, em prejuízo da inserção dos produtos no mercado.

A vontade de refrear guerras de preços entre distribuidores foi, de fato, o motivo que levou as grandes distribuidoras de *compact discs* americanas a adotarem políticas de fixação de preços mínimos de revenda a seus subdistribuidores em meados dos anos 1990 nos Estados Unidos. Conforme revela reclamação formulada perante a *Federal Trade Commission* contra a Capitol Records Inc. e a EMI Music Distribution, entre outras corporações atuantes no mesmo setor da economia¹⁰⁸. Segundo a reclamação, as grandes cadeias de subdistribuição de *compact discs* iniciaram no começo dos anos 1990 uma guerra de preços visando a eliminação da concorrência. A pedido de pequenas redes de subdistribuidores cuja existência se viu ameaçada por não estarem em condições de competir contra as grandes cadeias nesta guerra de preços, deu-se início a uma política de fixação de preços mínimos de revenda, a qual veio a ser posteriormente considerada ilícita pela Comissão.

Assim como em outras decisões tratando do mesmo assunto, a *Federal Trade Commission* considerou que a fixação de preços mínimos de revenda afetava a livre concorrência no mercado dos distribuidores, induzindo a adoção de condutas concertadas. Outrossim, aspecto que não foi analisado por referida Comissão, mas que cuja constatação resta transparente ante às condições do caso, consiste no prejuízo aos consumidores ocasionado pela fixação de preços mínimos. Através dessa conduta, obstando-se a concorrência, os preços tendem a se manter em um patamar mais elevado, falseando-se as reais condições de determinação do preço do produto,

¹⁰⁸ *Federal Trade Commission. Docket n. C-3975*. Disponível em www.ftc.gov/os/caselist/c3975.htm. Acesso em 19 de agosto de 2002.

passando estas informações falsas com relação à oferta e à procura do produto, em claro prejuízo aos interesses do consumidor.

Para que a prática de fixação de preços de revenda seja ilícita, não somente deve ela ser cometida em abuso de posição dominante, como deve ser demonstrada evidência de que é excluída a possibilidade de ação independente do distribuidor. Nesse sentido, quando a conduta do fabricante não for vinculante, ficando o distribuidor livre para revender a preços superiores ou inferiores ao fixado pelo fabricante, não haverá conduta ilícita. O mesmo ocorrerá quando a fixação dos preços resultar de conduta unilateral de aceitação pelo distribuidor dos preços sugeridos pelo fabricante.

No sentido de não se considerar prática ilícita a fixação de preços quando ressalvada a liberdade do revendedor de alterá-los já se encontra precedente no direito antitruste brasileiro. Trata-se da reclamação formulada pelos Sindicato e Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo contra as Indústrias Gerais S/A – KIBON, empresa fabricante de sorvetes¹⁰⁹.

A reclamação fundou-se no fato de a KIBON repassar a seus revendedores tabelas a serem afixadas nos pontos de venda nas quais constavam os preços sugeridos para revenda. As representantes argumentavam que a afixação de tais tabelas induziam os revendedores a revender os produtos por aquele preço, consubstanciando, assim, uma padronização do comportamento, tese essa que foi aceita pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE em seu parecer.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, contudo, não compartilhou de referido entendimento, considerando não haver no caso citado conduta padronizada ou limitação à concorrência com a prática adotada pela KIBON, principalmente porque a despeito da tabela, o revendedor era livre para determinar o preço de revenda, não sendo prevista nem havendo sido aplicada sanção de qualquer espécie aos revendedores que não seguissem os preços da tabela.

Entretanto, tendo em vista o alto grau de substituíbilidade dos produtos em questão, em razão de serem supérfluos, o CADE considerou que a KIBON não exercia

posição dominante no mercado. Dessa forma, “uma hipotética ameaça de retaliação por parte da Representada, caso o revendedor não acompanhasse a ‘sugestão’, poderia ser facilmente contornada pela comercialização de outras marcas, haja visto, como já foi salientado, o ambiente altamente competitivo prevalecente neste segmento”, conforme o voto do Conselheiro Relator do CADE Leônidas Xausa.

Deste julgado retiram-se dois pressupostos para a aferição da ilicitude da conduta de fixação de preços quais sejam a impossibilidade de autodeterminação do distribuidor, manifestada pela possibilidade de retaliação pelo fabricante em caso de não adoção da política de preços imposta, e a necessidade de verificação do abuso de posição dominante, vez que ausente esta condição, a imposição dos preços pelo fabricante seria facilmente contornada, além, é claro, do fato de o direito antitruste brasileiro não incriminar as condutas de *per se*.

Nem sempre, todavia, a imposição dos preços fixados pelo fabricante será evidente, como nos casos em que consta de estipulação contratual. Nesse sentido, destaca-se outro precedente do direito norte-americano no julgamento da reclamação contra a American Cyanamid Company, empresa que desfrutava de posição dominante no mercado norte-americano de herbicidas e inseticidas para proteção agrícola¹¹⁰.

Referida empresa impôs aos revendedores de seus produtos uma política de concessão de descontos caso estes revendessem seus produtos a um preço fixado ou acima deste, manifestando-se, pois, a fixação de preços mínimos para revenda. Tal em princípio não constituiria nenhuma prática ilícita, já que o revendedor ficaria livre para estabelecer o preço que quisesse, deixando apenas de se beneficiar de descontos caso optasse por revender os produtos a um preço abaixo do fixado pela fabricante. Entretanto, ficou constatado que para os revendedores que revendiam os produtos pelo preço mínimo fixado sua única margem de lucro decorria dos descontos concedidos. Assim, os revendedores que revendessem abaixo do preço mínimo, conseqüentemente teriam prejuízo. Por este motivo, entendeu a *Federal Trade Commission* que face à

¹⁰⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 148/94. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 19 de agosto de 2002.

¹¹⁰ *Federal Trade Commission, File n. 9510106, Docket n. C-3739*. Disponível em www.ftc.gov/os/caselist/c3739.htm. Acesso em 19 de agosto de 2002.

ausência de opção dos revendedores, os quais ou aceitavam a política ou arcavam com prejuízos, que a política de descontos adotada pela American Cyanamid consistia em uma imposição mascarada de preços de revenda.

No mesmo sentido, faz-se referência no julgado acima citado a caso em que foi considerada ilegal a fixação de preços máximos de revenda quando o fabricante exigisse de seus distribuidores o cumprimento de requisitos de eficiência nas vendas para permiti-los revender a preço superior ao fixado¹¹¹.

Portanto, tem-se que para que a prática de fixação de preços seja lícita cumpre que o fabricante não estabeleça nenhuma condição para que o distribuidor possa determinar seus preços de revenda, bem como não lhe imponha qualquer sanção caso este o faça.

Quanto às demais formas de imposição de condições aos distribuidores, é digna também de análise a fixação de quotas de compra e revenda. Para Fábio Ulhôa Coelho¹¹² não haverá nenhuma ilegalidade em tal conduta, já que tal disposição referir-se-ia somente ao vínculo contratual entre fabricante e distribuidores, sem serem afetados a livre concorrência ou os interesses dos consumidores. Entretanto, deve-se sempre atentar para a razoabilidade da conduta do fabricante, sendo que se este fixar quotas para compra e revenda acima de uma quantidade razoável, impondo-se aos distribuidores encargos excessivos ou impossibilitando a livre autonomia destes no exercício de suas atividades, estaria configurada conduta abusiva.

3.2.3 Condutas relacionadas à cláusula de exclusividade

Conforme já foi visto quando se tratou acerca dos elementos comuns aos contratos de distribuição, a cláusula de exclusividade no âmbito destes apresenta uma dimensão material e outra territorial, podendo as duas se manifestarem juntas ou separadamente.

¹¹¹ Tal situação se refere ao caso *Khan vs. State Oil*, citado pelo conselheiro da *Federal Trade Commission*, Robert Pitofsky, em seu voto.

¹¹² COELHO, Direito Antitruste Brasileiro p. 75.

A dimensão material é normalmente denominada exclusividade de aprovisionamento, sendo arbitrada em favor do fabricante e consistente na necessidade de o distribuidor se abster de comercializar outros produtos que não os do fabricante, ou ao menos de revender produtos que com estes últimos compitam. Já a dimensão territorial é estipulada em benefício do distribuidor, conferindo a este a exclusividade na comercialização dos produtos contratados em uma dada área geográfica, importando, pois, no dever do fabricante de não contratar outros distribuidores ou proceder à comercialização direta nesta área.

Usualmente, as duas dimensões da exclusividade são pactuadas juntamente, sendo uma contrapartida da outra. Ou seja, para compensar o encargo que terá o distribuidor ao ser-lhe proibido comercializar produtos de outros fabricantes, atribui-se-lhe a exclusividade territorial de forma a evitar que enfrente concorrência em uma dada área. Com efeito, apesar de a previsão de exclusividade não ser obrigatória nos contratos de distribuição, ao contrário do que ocorre com a concessão comercial de veículos automotores¹¹³, de forma a se evitar um desequilíbrio nas prestações de cada uma das partes, exige-se a concessão de exclusividade territorial aos distribuidores em caso de previsão de exclusividade de aprovisionamento.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz¹¹⁴: “Na distribuição, a exclusividade de aprovisionamento e de área de vendas será ajustável livremente entre fabricante e distribuidores, como restrição. Se for estabelecida a exclusividade pelo fabricante, ela estender-se-á a toda a rede de distribuição indistintamente; se for imposta aos distribuidores a exclusividade de aprovisionamento, em benefício do fabricante, decorrerá àqueles o direito à área demarcada exclusiva.” E também Claudineu de Melo¹¹⁵: “O ajuste da exclusividade de aprovisionamento acarreta ônus e obrigação também para o fabricante, dentre as quais salienta-se a concessão de zonas fechadas aos distribuidores.”

A previsão da exclusividade de aprovisionamento sem a sua contrapartida geográfica poderá inclusive configurar o abuso de posição dominante pelo fabricante

¹¹³ Lei n° 6.729/79, art. 3°, § 1°, alínea “b”.

¹¹⁴ DINIZ, ob. cit. p. 373.

¹¹⁵ MELO, ob. cit. p. 119.

se restar comprovado que este detém parcela substancial do mercado e que tal conduta causou prejuízos ao distribuidor.

Na maioria das vezes, no entanto, as situações de abuso de posição dominante nos contratos de distribuição que guardem relação com a cláusula de exclusividade diferem, conforme se refiram à dimensão territorial ou à material.

3.2.3.1 Exclusividade de Aprovisionamento

A principal importância das cláusulas de exclusividade de aprovisionamento para o direito antitruste refere-se ao exame das práticas colusórias. Nesse sentido, o acordo de exclusividade de aprovisionamento entre fabricantes e distribuidores terá por efeito, conforme a sua extensão na cadeia de distribuição, o fechamento dos canais de distribuição para dados produtos, com o conseqüente prejuízo à livre concorrência no mercado do fabricante.

Richard Whish¹¹⁶, contudo, assevera que quando a exclusividade de aprovisionamento não decorrer de um acordo entre fabricantes e distribuidores mas sim de uma imposição daqueles a estes, estar-se-á diante de uma conduta abusiva, desde que o fabricante detenha posição dominante no mercado e ao distribuidor não se afigure outra opção que não contratar com aquele.

Ressalte-se que apesar de o autor referir a acordo no caso das condutas colusórias e a imposição nas condutas abusivas, não se quer dizer que naquelas a exclusividade seja estipulada através de contrato e nestas não. Com efeito, mesmo no caso de existir abuso de posição dominante a exclusividade de aprovisionamento será prevista em contrato, só que devido à condição do fabricante a estipulação desta cláusula será mais uma imposição sua do que fruto de negociações com seus distribuidores.

A principal diferença que se observará conforme se trate de acordo ou de imposição será de que no primeiro caso ambas as partes haverão cometido uma

¹¹⁶ WHISH, ob. cit. p. 602.

infração se for afetada a livre concorrência, enquanto no segundo é apenas a empresa dominante que infringirá as normas concorrenciais pelo seu ato unilateral.

Em ambos os casos, todavia, os efeitos serão os mesmos, sendo que se a exclusividade de provisionamento, acordada ou imposta, abranger uma parcela substancial dos canais de distribuição, haverá conduta atentatória à livre concorrência através da criação de obstáculos à entrada de novos agentes no mercado.

Em princípio, a estipulação de cláusulas de exclusividade com distribuidores não será uma conduta irregular, só assumindo tal condição caso seja por meio dela afetada a livre concorrência, uma vez que não se condenam no direito brasileiro as condutas de *per se*. Tal aspecto foi analisado pela SDE no julgamento do processo administrativo movido pela Philip Morris Brasil S.A. contra a Souza Cruz S.A. envolvendo as cláusulas de exclusividade que esta mantinha com atacadistas e distribuidores, além de outros pontos de venda¹¹⁷. Na medida em que a representada mantinha tal tipo de cláusula com apenas um distribuidor, entendeu a SDE que sua conduta não acarretava no fechamento dos canais de distribuição, vez que restariam à representante e a outros concorrentes neste setor outros canais de distribuição abertos, sem que houvesse, pois, prejuízo à concorrência no mercado dos fabricantes de cigarros.

Constitui, por conseguinte, aspecto essencial para a aferição da ilicitude da contratação com cláusulas de exclusividade de provisionamento com distribuidores a verificação do índice de fechamento dos canais de distribuição. Só haverá conduta abusiva, dessa forma, quando for substancial o número de distribuidores com os quais o fabricante mantenha acordos com tal cláusula.

No julgamento deste processo, a SDE adotou o entendimento manifestado pelas entidades norte-americanas de defesa da concorrência de que o prazo de duração das cláusulas de exclusividade constitui um elemento essencial para se aferir o prejuízo à concorrência. Considerou-se, então, que apenas os contratos de longa duração, entendidos estes como os que vigorem por mais de cinco anos, teriam o condão de

¹¹⁷ Ministério da Justiça – Secretaria de Direito Econômico – Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25. Disponível em www.mj.gov.br/sde/parecer_processo.htm. Acesso em 19 de agosto de 2002.

acarretar no fechamento dos canais de distribuição. Criou-se, dessa forma, o precedente para se considerarem também no Brasil como contrária às normas de direito antitruste a contratação da exclusividade por período total superior a cinco anos. Destaque-se que tal entendimento não se refere somente aos contratos com prazo inicial de cinco anos, mas também aos de prazo indeterminado e os de prazo inferior que prevejam sua recondução imediata e sucessiva após o termo, ultrapassando-se esse período.

Quanto a este ponto, também é digno de nota o entendimento de Richard Whish¹¹⁸, o qual acentua ser a duração do contrato um aspecto determinante na verificação de sua abusividade. O autor¹¹⁹, contudo, pondera que nem sempre os contratos com cláusula de exclusividade com prazos longos poderão ser considerados abusivos. Tal não ocorreria, por exemplo, nos casos em que o fabricante necessite realizar investimentos específicos para que seus distribuidores estejam aptos a comercializar seus produtos.

Existem ainda outras estipulações contratuais que possuem o mesmo efeito que as cláusulas de exclusividade de aprovisionamento, qual seja o de obrigar o distribuidor a comercializar somente os produtos do fabricante. Entre estas, cita Whish¹²⁰ a obrigação imposta pelo fabricante ao distribuidor de este comunicar àquele qualquer oferta que receber para a distribuição de produtos de outras empresas, restando sua aceitação sujeita à recusa expressa do fabricante em cobri-la. Destaca ainda o autor a concessão de descontos por fidelidade, já analisados no início deste capítulo, concedidos pelo fabricante sobre os preços de venda de seus produtos aos distribuidores que se atenham a comercialização destes¹²¹.

Nestes casos, o tratamento a ser dispensado ao fabricante abusando de sua posição dominante deverá ser o mesmo que nos casos de estipulação da exclusividade em cláusula contratual.

¹¹⁸ WHISH, ob. cit. p. 604.

¹¹⁹ WHISH, ob. cit. p. 605.

¹²⁰ WHISH, ob. cit. p. 603.

¹²¹ WHISH, ob. cit. p. 639.

3.2.3.2 Exclusividade Territorial

A exclusividade territorial consubstancia-se na caracterização de um distribuidor como único autorizado a comercializar certos produtos em uma área determinada. Sua estipulação cria obrigações tanto para o fabricante quanto para o distribuidor, já que aquele não poderá comercializar diretamente ou através de terceiros na área exclusiva do distribuidor, enquanto este não poderá distribuir os produtos fora da área que lhe foi conferida.

Ao contrário do que ocorre com a exclusividade de abastecimento, no caso da exclusividade territorial a abusividade da conduta decorrerá da infração a ela e não de sua previsão. De fato, muito raramente terá a estipulação da exclusividade territorial a finalidade de restringir a concorrência, sendo, na verdade, uma forma de proteção do distribuidor e de garantia de que os custos por ele incorridos visando a inserção dos produtos no mercado serão compensados.

Dessa forma, as condutas de abuso de posição dominante neste caso decorrerão da infração da cláusula de exclusividade territorial pelo fabricante, seja comercializando diretamente na área de atuação reservada, seja o fazendo através de terceiros. Em alguns casos, o abuso por parte do fabricante poderá inclusive ser posterior à terminação do contrato de distribuição. Será a situação do fabricante que contrata o distribuidor para a abertura de um novo mercado para seus produtos e após finalizado esse processo com a inserção dos produtos neste rescinde o contrato de distribuição ou o reconduz sem o arbitramento de exclusividade territorial, passando a atuar diretamente ou através de terceiros no mercado. Neste caso, após o distribuidor haver criado e mantido clientela para os produtos com investimentos e esforço próprio, ver-se-ia concorrendo com o fabricante no mercado para cuja existência contribuiu.

A situação acima descrita é denominada de desvio de clientela e sua ocorrência acarreta em prejuízo à concorrência no âmbito da comercialização dos produtos em questão, vez que o poder econômico do fabricante em face aos distribuidores tende a impossibilitar a permanência destes do mercado. Entrementes, o fabricante poderá sempre vender a preços mais baixos que seus distribuidores, já que estes ainda

precisam incluir nos preços a sua margem de lucro. Analisando caso de desvio de clientela cometido em abuso de posição dominante, afirma o advogado Pedro Maciel Neto¹²² que os fabricantes “praticam desvio fraudulento de clientela quando atuam diretamente no mercado, independentemente de seu preços serem superiores ou inferiores aos praticados pelos distribuidores”¹²³.

A comercialização direta pelo fabricante em área para a qual haja contratado distribuidor com exclusividade territorial, além de constituir uma infração contratual também se consubstancia em uma hipótese de conduta cometida em abuso de posição dominante. Essa orientação já foi adotada pelo CADE, conforme demonstra a seguinte decisão citada por Claudineu de Melo¹²⁴: “responde por abuso de poder econômico o fabricante que não se limita à indústria e passa a atuar direta e cumulativamente, na comercialização do produto junto a grandes consumidores ou a órgãos governamentais ou participando de concorrências públicas ou privadas, em desleal competição com distribuidores, ainda que para tal esteja estatutariamente autorizado”.

A caracterização da comercialização direta pelo fabricante como infração contratual poderá ser contornada por meio da inclusão no contrato da possibilidade de o fabricante assim agir. Tal, contudo, não terá o condão de retirar o caráter abusivo de tal conduta, tenha-se em mente que consistiria em uma imposição do fabricante somente aceita pelo distribuidor em razão da posição dominante daquele.

Quanto aos casos em que o fabricante começa a comercializar seus produtos na área em que atuava distribuidor com área fechada após findo o contrato de distribuição, assume importância a legitimidade de estipulação nos contratos de distribuição da possibilidade de rescisão unilateral por denúncia imotivada. Prevendo-se tal possibilidade, seria dado a qualquer uma das partes resiliir o contrato de

¹²² MACIEL NETO, Pedro Benedito. Distribuidores: entre a livre concorrência, a concorrência desleal e o abuso de posição dominante, *Juris Síntese*, n° 20, 1999.

¹²³ O caso descrito pelo advogado se refere a um distribuidor de filmes da marca Fuji que após haver realizado grandes investimentos para introduzir no mercado nacional um novo tipo de filme fotográfico, passou a enfrentar a concorrência da própria fabricante dos filmes. A Fuji Film, neste caso, incentivou seus distribuidores a inserirem seu produto no mercado, passando a atuar diretamente no mesmo após a sua formação.

¹²⁴ MELO, ob. cit. p. 120. CADE – Processo Administrativo n° 10, 1976.

distribuição a qualquer tempo e sem qualquer motivo. Em uma primeira análise, tais cláusulas seriam de todo legítimas, vez que se aplicariam tanto a fabricante quanto a distribuidor, não provocando qualquer desequilíbrio nas prestações contratuais, conforme vislumbrou Villaça Azevedo¹²⁵.

De fato, estando as partes em condições iguais, não poderia ser considerada de modo algum abusiva a possibilidade de rescisão imotivada do contrato de distribuição, sendo tal meramente uma decorrência da estipulação de prazo indeterminado para o contrato. As circunstâncias mudam, contudo, quando o fabricante detiver posição dominante no mercado, hipótese na qual terá a seu lado a possibilidade de impor as cláusulas contratuais aos distribuidores. Neste contexto, inobstante a possibilidade de o direito de rescisão ser conferido a ambas as partes, somente o fabricante teria interesse em rescindir o contrato. Ora, estando contratando com um agente com posição dominante no mercado, não teria o distribuidor qualquer interesse em finalizar a distribuição, vez que dessa forma lhe faltariam produtos para revender, prejudicando-se a sua atividade comercial. Ao fabricante, por seu turno, interessaria após formado o mercado consumidor para seus produtos por esforço do distribuidor e depois de haverem sido reduzidos os riscos inerentes à comercialização na área em questão, rescindir o contrato de distribuição passando a atuar diretamente neste. O fabricante teria, pois, a seu dispor um mercado consumidor já formado para seus produtos, sendo desnecessário incorrer em mais custos para inseri-los neste.

De forma a resguardar os distribuidores, Villaça Azevedo¹²⁶, citando doutrina estrangeira, aconselha que se estabeleça a obrigatoriedade de aviso prévio para a rescisão unilateral do contrato de distribuição. Deveria, ademais, ser fixado um prazo razoável para este aviso prévio a fim de que o distribuidor pudesse liquidar seus estoques de produtos do fabricante, bem como buscar novos produtos para distribuir. Em um mercado concentrado, entretanto, apesar de o aviso prévio ser válido, de pouco adiantaria, visto que o contrato será de qualquer modo rescindido em detrimento dos interesses dos distribuidores.

¹²⁵ AZEVEDO, ob. cit. p. 106.

¹²⁶ AZEVEDO, ob. cit. p. 105.

O Novo Código Civil estabelece importantes mecanismos de resguardo ao distribuidor nesses casos em que ocorra a rescisão unilateral e sem justa causa do contrato pelo fabricante. Primeiramente, destaca-se a norma do art. 473, parágrafo único, a qual, situada na parte geral da regulação dos contratos, preceitua que nos casos em que a contratação envolver investimentos substanciais por uma das partes a rescisão unilateral e imotivada somente irá operar seus efeitos após o decurso de prazo razoável para que esses investimentos sejam amortizados. Cita-se também o art. 715 que estabelece, tratando sobre a nova modalidade do contrato de distribuição, que em caso de rescisão do contrato nas condições acima referidas, terá o distribuidor direito a receber uma indenização. Quanto a este último dispositivo, contudo, sua aplicação aos contratos de distribuição inominados dependerá de análise favorável tanto por parte da jurisprudência como pela doutrina, isto em razão da diversidade apontada por alguns autores entre o contrato de distribuição inominado e o previsto no Novo Código Civil.

Cumprê destacar, que mesmo na ausência de previsão legal já vêm os tribunais pátrios concedendo tais direitos de aviso prévio compatível com os investimentos realizados e de indenização em caso de rescisão imotivada aos distribuidores.

Outra hipótese que se afigura é a de o fabricante atuar diretamente no mercado através da comercialização direta a consumidores e varejistas a despeito da vigência de cláusulas de exclusividade territorial em favor dos distribuidores. A princípio referida hipótese não seria de grande importância para o direito antitruste, uma vez que, constituindo uma infração contratual, poderia ser a prática reprimida pelas vias usuais.

Cabe, todavia, reportar à notícia veiculada na Gazeta Mercantil em 14 de março de 2002 referindo-se à decisão do conselheiro do CADE Celso Campilongo acerca de uma consulta apresentada pela AmBev e pela Souza Cruz. Essas empresas criaram um portal na internet através do qual efetuariam vendas diretas de seus produtos a comerciantes varejistas. Em seu voto o conselheiro relevou a possibilidade de em se tornando comum tal prática ser extinta a figura do distribuidor¹²⁷.

Outra controvérsia que pode surgir da estipulação de exclusividade territorial advém da possibilidade de tal cláusula caracterizar a conduta abusiva de recusa de

¹²⁷ Gazeta Mercantil, 14 de março de 2002.

venda. Havendo celebrado contrato com cláusula de exclusividade territorial com um distribuidor, não poderia o fabricante vender seus produtos para que outro revendedor os comercializasse na área em que o distribuidor atua, haja vista que tal constituiria não somente uma infração contratual, como também uma conduta abusiva no caso de o fabricante deter posição dominante. Por outro lado, detendo o fabricante posição dominante, encontrariam os demais comerciantes estabelecidos na área em que se conferiu exclusividade a um distribuidor dificuldades para contratar com outros fabricantes. Nesse contexto, haveria a recusa de venda motivada pela existência de um anterior vínculo exclusivo, a qual poderia ser caracterizada como conduta cometida em abuso de posição dominante pela impossibilidade de os demais comerciantes contratarem com outros fabricantes. Em uma primeira análise, também se verificaria na situação exposta o prejuízo à livre concorrência no âmbito da distribuição, tenha-se em mente os obstáculos que haveriam sido criados à entrada de novos competidores no mercado.

Tal conflito foi apreciado pelo CADE em julgamento de representação pelo Depósitos de Bebidas Cereais Alvorada contra a Companhia Cervejaria Brahma¹²⁸. Na decisão da controvérsia, a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva considerou não haver sido praticada conduta infrativa, levando em conta a importância da contratação de uma rede de distribuição exclusiva para a eficiência da comercialização dos produtos no mercado¹²⁹.

Dessa forma, abre-se o precedente de legalidade da cláusula de exclusividade territorial, bem como da consideração que sua estipulação não constitui conduta abusiva, ainda que possa, em certas circunstâncias, afetar a livre concorrência no âmbito da distribuição.

¹²⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 138/1993. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 19 de agosto de 2002.

¹²⁹ Nota-se aqui claramente que o CADE aplicou a regra da razão, declarando ser a questão de cunho comercial e não concorrencial, visto que ainda que afetasse a livre concorrência no mercado de distribuição seria uma conduta necessária para a comercialização dos produtos. O CADE ainda levou em conta que a repressão à prática da distribuição independente e exclusiva propiciaria aos fabricantes a possibilidade de vender seus produtos diretamente aos varejistas, o que no seu entender seria ainda mais prejudicial à livre concorrência.

3.2.4 Vendas Casadas

O inciso XXIII do art. 21 da Lei 8.884 de 1994 condena conduta consistente em “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”. Tal conduta foi denominada de vendas casadas, sujeitando-se sua recriação, no entendimento de Calixto Salomão Filho¹³⁰ e Richard Whish¹³¹, à configuração do abuso de posição dominante.

Além da Lei Antitruste, o Código de Defesa do Consumidor também reputa essa prática como abusiva, fazendo-o em seu art. 39, inciso I. Todavia, como bem destaca Ulhôa Coelho¹³², diferencia-se o âmbito de incidência de cada uma das normas, vez que uma se refere às relações de consumo e outra às relações comerciais.

Para se aferir se a venda unida de dois ou mais produtos possa ser caracterizada como a prática das vendas casadas, faz-se necessário atentar a certos critérios. Com efeito, como assevera Whish¹³³ em certos casos pela natureza intrínseca aos produtos a sua venda em conjunto com outros pode ser inclusive imperativa. Seria o caso, por exemplo, do carro sendo vendido com seus pneus e rodas e do par de sapatos com seus cadarços. Cumpre, deste modo, destacar a posição que adota o direito comunitário europeu acerca da matéria, considerando, no art. 85, item 1, alínea “e” do Tratado de Roma, que se verificará a venda casada quando se “Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

Estabeleceu-se, assim, o entendimento de que para que a subordinação da compra de um produto a de outro configure venda casada é necessário que eles possuam natureza ou uso comercial diverso, conforme preceitua Whish¹³⁴.

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, ob. cit. p. 226.

¹³¹ WHISH, ob. cit. p. 605-611.

¹³² COELHO, Direito Antitruste Brasileiro p. 84.

¹³³ WHISH, ob. cit. p. 608.

¹³⁴ WHISH, ob. cit. p. 608.

No âmbito da distribuição, a prática de vendas casadas reprimível por meio da aplicação das normas do direito antitruste consiste na prática do fabricante de condicionar a contratação da distribuição de um produto a de outro. Normalmente, ocorre quando um fabricante detentor de grande parcela de um mercado de dado produto condicione que se proceda à distribuição deste à distribuição de um outro produto cuja inserção no mercado ainda não foi efetivada de forma satisfatória. Nesse sentido, dispõe Richard Whish¹³⁵ que a política de vendas casadas é aplicada por empresas que detenham posição dominante em um mercado com relação a um produto e utilizam este poder para induzir os compradores a também adquirir um outro produto com relação ao qual ainda não detenham parcela substancial do mercado.

Dessa forma, destaca-se ser fundamental a aferição da posição dominante do fabricante que adota a política de vendas casadas, já que em caso contrário seria dado aos distribuidores contratar com outros fabricantes sem precisarem se submeter a esse abuso. Ademais, a prática de vendas casadas geralmente consiste em si mesma uma forma de abuso de posição dominante na medida em que o agente se utiliza dessa posição com relação a um produto para forçar seus compradores a adquirirem outro.

De acordo com Whish¹³⁶ o abuso da posição dominante através das vendas casadas é nociva em dois níveis. A um, porque subtrai ao comprador, entenda-se também distribuidor, a liberdade de escolha entre os produtos que irá comprar. A dois, em razão de visar à eliminação da concorrência no mercado do produto cuja aquisição é estabelecida como condição à compra de outro produto.

Pode ainda tal prática ser caracterizada como colusória, quando vise à constituição pelo fabricante de posição dominante no mercado de um produto vinculando-o a um outro produto em cujo mercado o agente já esteja desfrutando de tal condição. Agindo dessa maneira, o agente procura estender a posição dominante que já detém no mercado de um produto para o de outro produto.

Para Whish¹³⁷, ainda, a prática de vendas casadas pode se manifestar de várias formas. Primeiramente, tem-se a forma mais comum no caso dos contratos de

¹³⁵ WHISH, ob. cit. p. 606.

¹³⁶ WHISH, ob. cit. p. 607.

¹³⁷ WHISH, ob. cit. p. 606.

distribuição a qual é sua própria estipulação contratual. Neste caso pode-se tanto sujeitar a compra de um produto a de outro como a outros serviços que eventualmente possam ser prestados pelo fabricante, como, por exemplo, o transporte do produto ao estabelecimento do distribuidor. Poder-se-á ainda efetivar a política de vendas casadas por meio da recusa de uma empresa em vender um produto se desacompanhado de outro ou ainda por meio de práticas relativas ao preço, como a concessão de descontos caso se opte pela compra dos dois produtos.

CONCLUSÃO

Pela análise exposta nos capítulos anteriores, pode-se chegar a diversas conclusões:

1. A repressão ao abuso de posição dominante não pode ser direcionada unicamente à defesa da livre concorrência e aos interesses dos consumidores. Isto porque o exercício de forma abusiva da posição dominante não afeta tão somente concorrentes e consumidores, mas sim todos os agentes que estejam no mercado em que a empresa dominante desfruta de tal condição ou que com este mercado se relacionem.

Neste contexto deve ser conferida especial atenção aos agentes que contratam com essas empresas que possuem posição dominante, especialmente no caso de a atividade exercida pelo outro contratante se vincular diretamente ao mercado dominado pela empresa e ser passível de afetação pelo exercício abusivo da posição dominante.

No caso específico dos distribuidores, a concentração do mercado dos fabricantes, com a conseqüente escassez de empresas com as quais poderia ser contratada a comercialização indireta de produtos, faz com que aqueles se sujeitem às diretivas e imposições do fabricante detentor de posição dominante, sob pena de se não o fizerem não terem com quem contratar, sendo afetado o exercício de sua atividade comercial. Dessa forma, é patente a propensão de os distribuidores serem afetados pelo exercício abusivo da posição dominante pelo fabricante com o qual contratem a comercialização de seus produtos.

A tendência de o exercício abusivo da posição dominante afetar além de concorrentes e consumidores os demais agentes que de qualquer forma estejam ligados ao mercado sobre o qual se detém a posição dominante, principalmente os que contratem diretamente com o agente nesta situação, pode ser verificado pelo elevado número de representações formuladas perante as entidades de defesa da concorrência contra tais agentes, por parte de empresas que com ele contratem. Nesse sentido, as

várias reclamações referidas no corpo da presente monografia, formuladas por distribuidores contra os fabricantes de cujos produtos contribuem para a inserção no mercado.

Deve-se, portanto, reconhecer que o exercício abusivo da posição dominante não se dá em detrimento apenas de concorrentes e consumidores, mas sim do mercado em que o agente atua como um todo e da atividade comercial nele exercida.

2. Não é muito extensa a lista dos casos envolvendo contratos de distribuição que foram postos à apreciação das entidades brasileiras de defesa da concorrência, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Tal, ressalte-se, não se deve à raridade das práticas abusivas nos contratos de distribuição, mas sim à falta de tradição dos comerciantes em se socorrerem perante essas entidades.

Contudo, a despeito de tal fato, podem-se relatar alguns precedentes criados pelo CADE e pela SDE quanto às práticas abusivas cometidas em contratos de distribuição, especialmente no que tange à legalidade da sugestão de preços para revenda e do arbitramento das cláusulas de exclusividade de aprovisionamento e territorial.

É indispensável, entretanto, a utilização dos precedentes jurisprudenciais e doutrinários criados no âmbito do direito antitruste europeu e norte-americano, vez que estes propiciam subsídios consistentes para a interpretação das normas de direito antitruste e de sua aplicação no âmbito dos contratos de distribuição.

3. Apesar de o contrato de distribuição haver sido previsto no Novo Código Civil, deve-se concordar com Fábio Ulhôa Coelho quando este entende que o contrato de distribuição nos moldes em que é utilizado hodiernamente nas relações de comércio persiste sem regulação legal.

Isto porque o contrato de distribuição previsto no Novo Código Civil em muito se difere do contrato inominado criado pelas práticas comerciais. Com efeito, o que fez o Novo Código Civil foi tão somente criar uma modalidade do contrato de agência em

que o comerciante adquire a propriedade das mercadorias cuja venda será agenciada, sem atentar para outras peculiaridades do contrato de distribuição inominado, como por exemplo o fato de o distribuidor atuar por conta própria e auferir sua remuneração pela diferença do preço de revenda e de compra das mercadorias e não através do recebimento de comissões sobre as vendas agenciadas, como ocorre com o agente.

Cumpre, pois, que seja adotada a distinção terminológica proposta por Fábio Ulhôa Coelho, denominando-se o contrato inominado de distribuição – intermediação e a modalidade do contrato de agência de distribuição – aproximação.

4. A principal conclusão que se pode chegar da análise desta monografia, entretanto, consiste na necessidade de se criar uma mentalidade mais voltada à defesa dos interesses das partes que eventualmente venham a ser prejudicadas pelo comportamento abusivo de agente detentor de posição dominante em sede dos contratos mercantis. Dessa forma, cumpre que seja facilitado o acesso às entidades de defesa da livre concorrência, para que assim as partes prejudicadas pelas condutas abusivas possam buscar a tutela de seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e Artigos:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório*, Revista dos Tribunais nº 737, 1997, p. 97-111.

BRITO, Maria Helena. *O Contrato de Concessão Comercial*, Lisboa: Almedina, 1990.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 6 ed. São Paulo: Atlas, 1991.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*, 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. 3.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1995.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUÉLLAR, Leila. *Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro*, Curitiba, 1997. Dissertação de Mestrado, Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico*, Buenos Aires: Astrea, 1995.

FARIA, Werter. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MACIEL NETO, Pedro Benedito. *Distribuidores: entre a livre concorrência, a concorrência desleal e o abuso de posição dominante*, Jurisíntese nº 20, 1999.

MARZORATI, Osvaldo J. *Sistemas de Distribución Comercial*, 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MELO, Claudineu de. *Contrato de Distribuição*, São Paulo: Saraiva, 1987.

MUÑOZ, Teresa Puente. *El Contrato de Concesión Mercantil*, Madri: Montecorvo, 1976.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, Rio de Janeiro: Aide, 1988, v. 3.

ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*, Nova Iorque: Foundation Press, 1993.

SALOMÃO NETO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, São Paulo: Malheiros, 1996.

WHISH, Richard. *Competition Law*, 4 ed. Bath: Butterworths, 2001.

Jornais:

Gazeta Mercantil. *SDE investigará política da AmBev para revendas*, Daniel Pereira, 22 de fevereiro de 2002, p. A-14.

Gazeta Mercantil. *AmBev e Souza Cruz ficam sob análise do CADE*, Daniel Pereira, 14 de março de 2002, p. A-19.

Sites da Internet:

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, disponível em <<http://www.cade.gov.br>>, acesso em 19 de agosto de 2002.

Federal Trade Commission, disponível em <<http://www.ftc.gov>>, acesso em 19 de agosto de 2002.

Secretaria de Defesa Econômica, disponível em <<http://www.mj.gov.br/sde>>, acesso em 19 de agosto de 2002.