

CLAUDIA TOSIN KUBRUSLY

ANÁLISE CONCORRENCIAL DO PODER ECONÔMICO DO
DISTRIBUIDOR

CURITIBA
2003

CLAUDIA TOSIN KUBRUSLY

ANÁLISE CONCORRENCIAL DO PODER ECONÔMICO DO
DISTRIBUIDOR

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
direito, Curso de Direito, Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Edson Isfer.

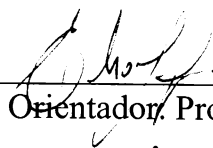
CURITIBA
2003

TERMO DE APROVAÇÃO

CLAUDIA TOSIN KUBRUSLY

ANÁLISE CONCORRENCIAL DO PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR

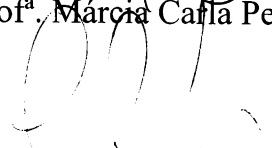
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador. Prof. Edson Isfer



Prof. Márcia Carla Pereira Ribeiro



Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA
2003

Aos meus pais Nelson e Luiza, por serem constantes incentivadores dos meus estudos, com imenso amor.

Ao meu querido avô Nacif, pelo apoio incondicional, mas sobretudo por ser exemplo de vida ... e de amor.

Agradeço ao Professor Edson Isfer, pela valiosa orientação e por ter proporcionado-me a honra de ser sua monitora durante o ano letivo de 2003.

Agradeço, também, ao Luiz Daniel R. Haj Mussi, pela ajuda na pesquisa e na revisão desta monografia.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – OS OBJETIVOS DOS SISTEMAS ANTITRUSTE	04
1. SISTEMA NORTE-AMERICANO.....	05
2. SISTEMA EUROPEU.....	08
3. SISTEMA BRASILEIRO.....	10
CAPÍTULO II – ANÁLISE DO PODER ECONÔMICO	
1. CONCORRÊNCIA, MERCADO E PODER.....	13
2. PODER ECONÔMICO.....	15
3. DISCIPLINA JURÍDICA: REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO.....	19
CAPÍTULO III – DISTRIBUIÇÃO	
1. DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE.....	23
2. FUNÇÃO ECONÔMICA.....	24
3. INSTRUMENTO JURÍDICO.....	25
3.1 Disciplina jurídica.....	26
3.2 Sujeitos do negócio jurídico.....	29
4. A INVERSÃO DE FORÇAS ENTRE COMÉRCIO E INDÚSTRIA: A FORÇA ECONÔMICA DO DISTRIBUIDOR.....	30
CAPÍTULO IV – MANIFESTAÇÕES DE PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR	
1. PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR.....	34
2. TEORIA TRADICIONAL: A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DO PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR.....	36
3. UM NOVO ENFOQUE: OS IMPACTOS ANTICONCORRENCIAIS DO PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR.....	37
CAPÍTULO V – ESTUDO DE CASOS	43
1. EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA: CASO TEXACO VS. HASBROUCK E CASO TOY “R” US.....	43
2. EXPERIÊNCIA EUROPÉIA: CASO KESKO/TUKO.....	47
3. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: CASO PÃO DE AÇÚCAR/SÉ.....	51
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

RESUMO

Esta monografia foca-se nos efeitos do poder econômico do distribuidor sobre a concorrência a partir de uma análise jurídica. Esse estudo se faz importante e atual, em razão do crescente poderio econômico dos distribuidores, que tem provocado, em muitos casos, uma inversão de forças nas relações verticais entre empresas. O uso do poder de mercado pelo distribuidor produz resultados que, sob a ótica da eficiência econômica, trazem benefícios aos consumidores. Ocorre que a longo prazo, os efeitos de algumas condutas dos grandes distribuidores podem ser prejudiciais à concorrência, o que justifica uma atenção especial das autoridades de defesa da concorrência. Principalmente na Europa, onde a concorrência é tida como instrumento para a realização dos fins da União Européia, a preocupação com o excessivo poder econômico dos distribuidores tem sido externada em debates doutrinários, em legislações e na atuação da Comissão Européia. No Brasil, a preocupação é recente tanto por parte da doutrina como das autoridades de defesa da concorrência. Porém, não menos importante, sobretudo porque, aqui, a concorrência é meio para a realização da *existência digna* e da *justiça social*.

INTRODUÇÃO

O mercado é uma estrutura dinâmica que requer, em proporções cada vez maiores, agilidade e interação entre os agentes econômicos que o compõe. Os consumidores estão ávidos pelo consumo. Os fabricantes estão ávidos para escoar sua produção. E entre eles está o comércio que, para atender a oferta e a demanda, não se restringe mais às pequenas lojas, mercearias e minimercados, diversificando também para estruturas maiores e mais práticas.

Cresce, portanto, a importância do comércio e, principalmente, do grande comércio. Os fabricantes querem conquistar consumidores para a marca que produzem e para tanto adotam, em muitos casos, sistemas de venda indireta, pois assim parte dos custos são transferidos ao distribuidor.¹ Como consequência, verifica-se um acréscimo do grau de concentração do setor de distribuição. Isso significa um aumento significativo do poder de mercado dos distribuidores, estruturados em grandes redes.

A análise e disciplina concorrencial das relações verticais ficou, por muito tempo, adstrita ao uso anticoncorrencial da força econômica pelo fornecedor sobre distribuidores e consumidores. Contudo, a nova dinâmica do mercado inverteu, em muitos casos, essa relação de poder, exigindo que as autoridades antitruste fiquem atentas às estruturas de distribuição que estão sendo formadas. De acordo com José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, “... os grandes comerciantes retalhistas são agora capazes de impor as suas condições aos fabricantes surgindo a necessidade de tutelar este *poder de procura*.”²

Desta nova realidade, surgem benefícios aos consumidores, mas também preocupações em matéria concorrencial. Constata-se que a força dos distribuidores aumenta o seu poder de barganha em relação aos fabricantes, o que muitas vezes reverte-se em benefício ao consumidor com a redução dos preços. Mas, por outro lado, o poder dos distribuidores tem preocupado as autoridades de defesa da concorrência,

¹ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição – Função econômica e análise jurídica**, São Paulo, 2002. 428 f. Tese (Livre Docência) - Direito Comercial, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 30.

² José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, **A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência**, Coimbra: Almedina, 2001, p. 14.

principalmente as européias, em razão de alguns prejuízos concorrencias a longo prazo como, por exemplo, a eliminação de concorrentes e fornecedores.

O presente trabalho tem por escopo apresentar a problemática dos efeitos do poder econômico do distribuidor na concorrência, analisando-os juridicamente a partir do sistema antitruste brasileiro. Não se pretende apresentar uma fórmula para mensuração e identificação do poder econômico do distribuidor, pois essa questão depende de análise econômica, que ficará a cargo de um trabalho futuro. Aspira-se, portanto, que esta seja a semente de um estudo mais profundo a ser realizado em nível de pós-graduação.

Utilizou-se como método de pesquisa a investigação da nova realidade da distribuição no Brasil e no mundo, identificando suas possíveis conseqüências no plano concorrencial. A partir daí, tentou-se extrair tais efeitos do contexto meramente econômico para inseri-los num plano jurídico, mais precisamente no âmbito da disciplina da concorrência. Como o estudo jurídico do tema é relativamente novo no mundo e, praticamente, inédito no Brasil, buscou-se material bibliográfico europeu e norte-americano, o que justifica alguns trechos de citação em língua estrangeira. Utilizou-se, também, livros e periódicos especializados em direito da concorrência, bem como, artigos de jornais, jurisprudências e estudos realizados por órgãos governamentais.

O desenvolvimento do trabalho - apesar de ter como foco principal o estudo do poder econômico do distribuidor a partir do direito concorrencial brasileiro - exigiu a inserção de aspectos da questão também no âmbito do direito comunitário europeu e do direito norte-americano, pois são nesses sistemas que têm ocorrido uma maior atuação antitruste e onde estão presentes as maiores discussões sobre o tema.

O primeiro capítulo será destinado a uma breve análise dos objetivos dos sistemas antitruste norte-americano, europeu e brasileiro. Justifica-se tal estudo pela imprescindibilidade de se conhecer e diferenciar os fins perseguidos por cada sistema jurídico de antitruste, antes de qualquer análise de direito concorrencial, principalmente, quando presente mais de um sistema.

O segundo capítulo terá como objeto a investigação do poder econômico e de sua disciplina pelo direito pátrio, o que terá grande relevância no estudo específico do poder econômico do distribuidor e de sua disciplina jurídica.

No capítulo seguinte, far-se-á algumas observações sobre a distribuição, úteis para a compreensão de sua importância econômica e jurídica e da nova dinâmica de forças nos contratos de distribuição.

O quarto capítulo ocupar-se-á do poder econômico do distribuidor e da forma de percepção de suas manifestações no plano concorrencial.

Por fim, o quinto capítulo será utilizado para a análise de casos, nos quais há manifestações e/ou decisões das autoridades de defesa da concorrência européia, norte-americana e brasileira sobre os efeitos do poder econômico do distribuidor.

CAPÍTULO 1 - OBJETIVOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS DO ANTITRUSTE

Cada sistema jurídico³ possui sua racionalidade, ou seja, cada direito possui princípios que o informam e lhe dão coerência. A realidade histórica, econômica e social de cada Estado implica na configuração de um ordenamento jurídico peculiar, com princípios⁴ e objetivos próprios.⁵

Partindo dessa perspectiva, é coerente afirmar que “a Lei Antitruste desempenhará, em determinado sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela desempenhada em outros sistemas, em outros momentos”⁶. O fundamento desta idéia está na pressuposição do direito concorrencial como um instrumento de política pública, ou seja, como um instrumento para concretização de objetivos de política econômica.

É indispensável ter-se em mente, para o desenvolvimento do presente trabalho, a singularidade de cada Lei Antitruste e de cada sistema jurídico, para que não se incorra no erro de reduzir a um único objetivo - e conseqüentemente a uma única interpretação - “toda e qualquer norma antitruste, independentemente do contexto em que se insere e dos conflitos de interesse existentes”⁷. Ou seja, não se pode transpor institutos e doutrinas estrangeiros sem a devida reflexão sobre a realidade que está sendo interpretada (ou julgada).

³ “Sistema jurídico” como um “sistema normativo aberto de regras e princípios” cf. J. J. Gomes CANOTILHO, **Direito Constitucional**, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 165.

⁴ “É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência - unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios.” (Eros Roberto GRAU, **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 180).

⁵ Daí a alusão de Eros Roberto GRAU a *direitos*. “Para que possamos conscientemente falar de *um direito* - o direito aplicado em um determinado Estado - previamente haveremos de nos conscientizar do quanto observei linhas acima: em cada sociedade manifesta-se *um determinado direito*.” (**Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, cit., pp. 129-130).

⁶ Paula A. FORGIONI, **Os Fundamentos do Antitruste**, cit., p. 150.

⁷ Paula A. FORGIONI, **Os Fundamentos do Antitruste**, cit., p. 152. “As discussões meramente econômico-teóricas acabam, assim, desviar o ponto fulcral da Lei Antitruste: *ela é instrumental a uma determinada política econômica, possuindo, por conseqüência, objetivos bem próprios, diversos daqueles das demais leis antitrustes.*”, p. 153

Segundo Paula A. FORGIONI, “a análise das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, *um instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública.*”⁸

Assim, a correta aplicação do antitruste no Brasil pressupõe o conhecimento de sua lógica e do objetivo constitucional que o norteia. A prévia e breve análise de dois outros sistemas de antitruste, o norte-americano e o europeu⁹, tem a função de elucidar as diferenças existentes no objetivo desses sistemas em relação ao brasileiro, frente a um mesmo comportamento dos agentes econômicos: o poder econômico dos distribuidores.

Como bem observa Calixto SALOMÃO FILHO, “Se é verdade que as normas de concorrência são essenciais para orientar o comportamento dos agentes, deve-se, em seguida, perguntar em que sentido elas indicam”¹⁰. É o que se pretende fazer.

1. SISTEMA NORTE-AMERICANO

O sistema antitruste norte-americano inicia-se com a promulgação do *Sherman Act* em 1890. Nas palavras de Paula A. FORGIONI, “essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la.”¹¹

O *Sherman Act* foi promulgado num contexto de grande desenvolvimento industrial norte-americano, como reação ao processo de concentração econômica daí resultante. Segundo Paula A. FORGIONI, “o fenômeno geral verificado nos Estados Unidos foi uma típica *concentração*, com a diminuição do número de empresas e

⁸ Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., p. 81.

⁹ Cada um desses ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, possui uma visão do antitruste, ou seja, atribui ao antitruste uma função no modelo político-econômico adotado.

¹⁰ Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 22

¹¹ Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., p. 65.

convergência do poder em mãos de poucos agentes econômicos, liderados pelos trusts.”¹²

A concorrência livre de qualquer regulamentação, visto que fundada no modelo de liberalismo econômico, propiciou, pois, a manifestação de distorções, como a formação de cartéis e *trusts*, que punham em risco o próprio desenvolvimento do mercado. A legislação antitruste veio como uma reação estatal em prol do mercado e da livre concorrência. De acordo com Isabel VAZ,

Longe de constituir um paradoxo, a regulamentação da liberdade econômica procurou criar condições ao desenvolvimento da livre iniciativa, através da proteção jurídica de um valor representado pela “livre concorrência”. A legislação adotada com esta finalidade se encarregaria, com o concurso das construções pretorianas, de estabelecer as práticas comerciais capazes de atentar contra a livre concorrência e de instituir meios para sua prevenção.¹³

A *Sherman Act*, portanto, é visto como um instrumento de garantia do mercado através da defesa da concorrência. Para Paula A. FORGIONI, a partir do *Sherman Act*, “a concorrência é vista como primordial para o sistema econômico, ao mesmo tempo em que se exige uma atuação do Estado para eliminar as distorções que pode causar ao sistema”¹⁴.

Outras leis se seguiram complementarmente ao *Sherman Act*, como o *Clayton Act* (1914), o *Federal Trade Commission Act* (1914), o *Robinson-Patman Act* (1936) e o *Celler-Kefauver Act* (1950), todas com o objetivo de disciplinar com maior precisão as práticas elencadas no *Sherman Act*. Formam, no conjunto, o sistema antitruste norte-americano, para o qual, segundo Jorge de Jesus FERREIRA ALVES, “a concorrência é um fim por si mesmo. É um valor absoluto pelo que só por ela se realiza o progresso e o equilíbrio econômico.”¹⁵

Em razão disso, a legislação antitruste norte-americana prevê a ilicitude *per se*, ou seja, sem uma análise concreta dos efeitos dos atos que possam restringir a

¹² Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., p. 71.

¹³ Isabel VAZ, *Direito Econômico da Concorrência*, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 83.

¹⁴ Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., p. 67.

¹⁵ Jorge de Jesus FERREIRA ALVES, *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 15-16.

concorrência, como previsto, por exemplo, no artigo 1º do *Sherman Act* que dispõe: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or foreign nations, is declared to be illegal”. Isso significa que seriam considerados ilícitos quaisquer atos que causassem qualquer grau de restrição ao comércio.

A fim de tornar viável¹⁶ a aplicação do direito concorrencial, elaborou-se um método de aplicação da lei chamado *rule of reason*, que seria uma forma de amenizar a aplicação das normas antitruste, pois permitia que só fossem consideradas ilícitas as práticas que de forma “desarrazoada” (*unreasonable*) restringissem a concorrência.¹⁷ Contudo, afirma Calixto SALOMÃO FILHO que

Essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo “desarrazoada” à *Section I* do *Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo “injustificada”. Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição *substancial e injustificada* da concorrência. Essa evolução corresponde à incorporação ao direito antitruste de preocupações outras que não exclusivamente a preservação da competição.¹⁸

Atualmente, a justificativa alegada pela Cortes para a restrição da concorrência tem fundamento na tradição econômica neoclássica desenvolvida pela Escola de Chicago. Para a Escola Neoclássica, o objetivo maior do direito concorrencial é a maximização da eficiência¹⁹ e, *conseqüente*, benefício para os consumidores. Assim, a regra da razão permite que se faça uma avaliação – caso a caso – dos efeitos das práticas e de suas eventuais justificativas, considerando-as lícitas quando resultarem em maior *eficiência econômica*.

¹⁶ Cf. Paula A. FORGIONI, “Logo no início da vigência desse diploma, a doutrina e a jurisprudência americanas deram-se conta de que a aplicação literal do dispositivo conduziria o sistema econômico a resultado bastante comprometedor, porque seriam obrigatoriamente declarados ilícitos atos que, embora de certo modo restritivos da concorrência, encerravam benefícios para o mercado, à economia como um todo e para os consumidores.” (**O Contrato de Distribuição – Função econômica e análise jurídica**, cit., pp. 83-84)

¹⁷ Calixto SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial – As Estruturas**, cit., p. 151.

¹⁸ Calixto SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial – As Estruturas**, cit., p. 152.

¹⁹ “para os economistas neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor... A eficiência é associada diretamente ao bem-estar do consumidor.” (Calixto SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial – As Estruturas**, cit., p. 23)

Isso não significa, no entanto, que haja incongruência com a abordagem *per se*, visto que esta continua sendo atribuída a determinadas práticas restritivas às quais não se associam, normalmente, ganhos de eficiência significativos. Há nesses casos uma economia de tempo e de custos no julgamento, na medida em que é dispensada uma análise detalhada da prática, bastando a sua ocorrência para que seja considerada ilícita.

2. SISTEMA EUROPEU

O fundamento das Leis Antitruste dos países europeus está no Tratado que institui a União Europeia, qual seja, promover os fins da própria União Europeia.²⁰ Por essa razão, concebe-se a concorrência como um instrumento e não como um fim em si mesmo.

Daí derivam duas conseqüências importantes: Em primeiro lugar, se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores. Por outro lado, não há, à partida, ilicitude ou condenações automáticas. Nenhuma prática restritiva é proibida por si só. (...) O direito comunitário aderiu à teoria da concorrência-instrumento ou meio, pois, a concorrência é um instrumento da criação e do aperfeiçoamento do mercado comum. De facto, o art. 85.º-1 é temperado pelo art. 85º-3.²¹

²⁰ “A União atribui-se os seguintes objectivos:

— A promoção do progresso económico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão económica e social e o estabelecimento de uma união económica e monetária, que incluirá, a prazo, a adopção de uma moeda única, de acordo com as disposições do presente Tratado;

— A afirmação da sua identidade na cena internacional, nomeadamente através da execução de uma política externa e de segurança comum, que inclua a definição gradual de uma política de defesa comum, que poderá conduzir a uma defesa comum, nos termos do disposto no artigo 17.º;

— O reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-Membros, mediante a instituição de uma cidadania da União;

— A manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade;

— A manutenção da integralidade do acervo comunitário e o seu desenvolvimento, a fim de analisar em que medida pode ser necessário rever as políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado, com o objectivo de garantir a eficácia dos mecanismos e das Instituições da Comunidade.” (**Tratado que institui a União Europeia**. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/EC_consol.pdf>. Acesso em 11.03.03.

²¹ Jorge de Jesus FERREIRA ALVES, **Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias**, cit., p.16.

Com essa concepção instrumental da concorrência, busca-se, entre outros objetivos, uma maior competitividade das empresas europeias no cenário internacional, ampliando, assim, a força da União Europeia. Em nome desse objetivo, a concentração de empresas é muitas vezes aceitável em prol do progresso econômico²².

O incentivo à concentração de empresas para aumentar a competitividade externa, no entanto, vem servindo a objetivos protecionistas dos Estados-membros, que têm utilizado suas leis antitruste como verdadeiros “instrumentos protecionistas”²³.

Como bem observa Paula A. FORGIONI, a busca concomitante pela concorrência interna e pela competitividade externa tem sido o grande dilema enfrentado pela União Europeia,

que, a fim de permitir o fortalecimento de uma indústria “europeia”, acaba por anuir a criação de agentes nacionais com elevado poder econômico, aptos a prejudicar o desenvolvimento de atividades de empresas de outros Estados-membros. É interessante notar que, em um primeiro momento, acreditou-se que as concentrações e os acordos entre empresas se dariam entre agentes econômicos situados em diversos países da comunidade, criando, assim, os “campeões europeus”.²⁴

Diante desse fato, afirmam Aldo FRIGNANI e Michel WAELBROECK, citados por Paula A. FORGIONI, que

Hoje, a política de concorrência persegue dois objetivos principais: de um lado, provocar o desfazimento de acordos e práticas tendentes ao fechamento do mercado comum dentro das fronteiras de cada Estado membro; de outro lado, facilitar a

²² Neste sentido é a opinião de Jorge de Jesus FERREIRA ALVES: “A teoria da concorrência-instrumento permite ir mais longe que a *rule of reason*, pois, um acordo pode ser mais útil para o progresso económico do que o cumprimento insensível das regras de concorrência estrita (...) No Acórdão *Metro-Saba* de 25/10/87, o Tribunal das Comunidades considera lícita a cláusula que a *Saba* (electrónica alemã) impunha aos grossistas que distribuía os seus produtos. Aqueles deveriam celebrar com a *Saba* um contrato de fornecimento que tinha em conta o possível aumento do mercado. O Tribunal das Comunidades considerou que havia restrição à concorrência mas, que o acordo podia beneficiar do nº 3 do art. 85º dado contribuir para a manutenção do mercado comum.” (**Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias**, cit., pp. 16-17).

²³ Paula A. FORGIONI, **Os Fundamentos do Antitruste**, cit., p. 168. Um exemplo desse protecionismo pode ser extraído da obra de Calixto SALOMÃO FILHO: “... já em 1970 a Alemanha introduzia importantes alterações em sua lei concorrencial, algumas delas permitindo expressamente a subordinação dos interesses concorrenciais à política industrial e em especial à promoção da competitividade internacional da indústria alemã.” (**Direito Concorrencial – As Estruturas**, cit., p. 41).

²⁴ Paula A. FORGIONI, **Os Fundamentos do Antitruste**, cit., p. 169.

adaptação das empresas às novas dimensões do mercado e aumentar sua competitividade a nível mundial, favorecendo a cooperação e a concentração entre as empresas dos diversos Estados membros.²⁵

Percebe-se, portanto, que o sistema antitruste europeu não está preocupado com a concorrência em si, mas com a sua utilização como forma de alcançar numerosos interesses e fins da União Européia, entre eles, por exemplo: o fortalecimento do comércio interno; uma maior competitividade no mercado externo; um crescimento sustentável, não inflacionário e que respeite o ambiente; o melhoramento do teor e da qualidade de vida etc. Quando não alcançado um dos resultados pretendidos com a concorrência, ela deixa de ser defendida pelo sistema, pois não cumpriu com seu objetivo.

A opção européia, portanto, é por uma concorrência qualitativa, que permita um maior bem estar a todos. Assim, não basta uma maior eficiência entre os grandes agentes econômicos, se os pequenos forem lançados para fora do mercado.

3. SISTEMA BRASILEIRO

O Estado brasileiro tem como lei suprema e fundamental a Constituição da República Federativa do Brasil. Segundo José Afonso DA SILVA,

(...) a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. (...) [T]odas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.²⁶

É nela, pois, que se encontram os fundamentos do Estado democrático brasileiro e das demais normas jurídicas. E é mais precisamente na ordem constitucional econômica que estão situadas as normas e os princípios constitucionais

²⁵ Aldo FRIGNANI e Michel WAELBROECK. *Disciplina della concorrenza nella CEE*, 3. ed., Napoli: Jovene, 1983, p. 7. *Apud* Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., pp. 85-86.

²⁶ José Afonso DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 47-48.

que fundamentam a organização econômica do país, determinam a esfera de atuação dos sujeitos econômicos e prescrevem os grandes objetivos da política econômica²⁷.

A ordem econômica brasileira tem como objetivo “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”²⁸, e é nesse contexto que está inserida a proteção da concorrência. Ou seja, a proteção da concorrência é tida pelo sistema constitucional brasileiro como um dos instrumentos para persecução da justiça social, na medida em que se atribui ao exercício da atividade econômica uma função social.

Assim, a livre iniciativa e a livre concorrência quando defendidas pela Constituição com base em princípios como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais, entre outros, ganham uma conotação diferenciada. Passam a serem vistos sob um prisma transindividual e macroeconômico. Como observa Sergio VARELLA BRUNA, “A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a servir a uma *técnica de produção social*, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos.”²⁹

Nesse sentido ensina Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, que

A defesa da concorrência, cuja guarda compete ao Estado, mas que não exclui a iniciativa privada, deve, por último, ser entendida no contexto mais amplo da ordem econômica constitucional. A livre concorrência, nestes termos, é um dos seus princípios, devendo, assim, conviver harmonicamente com os demais (art. 170 e incisos). Ou seja, não se pode defender a concorrência à custa da soberania nacional, do consumidor, do meio ambiente, da redução de desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte.³⁰

²⁷ J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 151. Cumpre ressaltar que o conjunto de princípios e normas que integram a constituição econômica brasileira está inserido num título específico, mas ali não se esgota. Abrange, também, outras normas espalhadas pelo texto constitucional, que formam, com ele e com as demais partes, um todo sistemático, que assim deve ser interpretado. De acordo com Eros Roberto GRAU, “assim como jamais se aplica *uma norma jurídica*, mas sim o direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo.” (A **Ordem Econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 179)

²⁸ Artigo 170, *caput*, da Constituição brasileira.

²⁹ Sérgio VARELLA BRUNA, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141.

³⁰ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, **Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional**, in Arquivos do Ministério da Justiça, 45(180): 175-185, jul./dez., 1992, pp. 184-185.

A tutela da concorrência no Brasil, portanto, segue o sistema antitruste europeu, ao considerar a concorrência como um instrumento para realização de um fim maior. Esse fim, entretanto, não corresponde àquele perseguido pela União Européia, pois decorre de uma realidade social, econômica e política distinta.

O bem maior a ser assegurado pela ordem econômica brasileira é a *existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Como meio, a concorrência aqui também “poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir”³¹.

³¹ Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., p. 170.

CAPÍTULO II – ANÁLISE DO PODER ECONÔMICO

1. CONCORRÊNCIA, MERCADO E PODER

Concorrência num sentido etimológico quer dizer “competição rivalidade, (...) disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais etc., pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes”³².

Para Remo FRANCESCHELLI,

(...) sono concorrenti, o si trovano in concorrenza, due o più imprese che in un determinato periodo di tempo offrano (o domandino) o possano offrire (o domandare) beni o servizi suscettibili di soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno o bisogni simili o complementari, nel medesimo ambito di mercato attuale o immediatamente potenziale, anchorchè la concorrenza risulti da un insieme di beni o servizi succedani o le imprese si valgono di elementi intesi a trasformare in un’offerta di monopolio l’offerta concorrenziale, sempre che tali elementi siano quelli che, in considerazioni della loro utilità sociale, l’ordinamento giuridico riconosce in via specifica e tutela (...)³³

A concorrência, ou seja, a disputa pelos clientes opera-se no mercado. O conceito de mercado, no entanto, tem significado diverso dependendo do contexto em que está inserido, como também da disciplina que o está analisando. Para o direito, Maria Rosaria FERRARESE observa que o mercado é uma instituição econômica, social e jurídica.³⁴ Como instituição, o mercado deixa de ter uma mera função econômica de alocação de recursos, para ser também um eficaz organizador das relações sociais.³⁵ Daí decorre a preocupação do direito em tutelar o mercado.

Na perspectiva da doutrina econômica liberal, “o mercado seria o lugar ideal por excelência onde ninguém teria poder, mas, ainda quando ocorressem, seriam anulados pela entrada de novos concorrentes, apta a restabelecer a igualdade e a

³² Aurélio Buarque Holanda FERREIRA, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 447.

³³ Remo FRANCESCHELLI, *Trattato di Diritto Industriale*, vol. 2, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961, p. 509.

³⁴ Maria Rosaria FERRARESE, *Diritto e mercato*, Torino: Giappichelli, 1992, p. 19.

³⁵ Maria Rosaria FERRARESE, *Diritto e mercato*, cit., p. 61.

isenção do jogo”³⁶. Dessa noção de mercado, extrai-se o *modelo de concorrência perfeita*. De acordo com Fábio NUSDEO,

o regime de concorrência perfeita exige para se considerar caracterizado um grande número de requisitos, dos quais são essenciais os seguintes: a) grande número de compradores e de vendedores em interação recíproca; b) nenhum deles suficientemente importante a ponto de exercer qualquer influência nas condições de compra ou de venda do produto em questão (atomização de mercado); c) homogeneidade do produto objeto das operações; d) plena mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, isto é, facilidade de acesso ao mercado e de retirada dele por parte de qualquer interessado; e) pleno acesso dos operadores e todas as informações relevantes; f) ausência de economias de escala; g) ausências de economias externas.³⁷

Verificou-se, no entanto, que a *concorrência perfeita*, como todo modelo, correspondia a uma simplificação da realidade. O mercado real não se parece com o modelo idealizado pela doutrina liberal, pois apresenta imperfeições³⁸ e tende à eliminação da concorrência. Os agentes econômicos em busca de se tornarem mais competitivos tendem a concentrar-se e a eliminar concorrentes.

Conforme expôs a ex-Conselheira do CADE, Lucia Helena SALGADO E SILVA,

Não há porque se iludir. Da perspectiva privada, do agente econômico atuante no mercado, a concorrência é uma fonte de aborrecimento e pressão. O sonho de toda empresa é tornar-se monopolista e conquistar uma vida tranqüila e não seria racional se não fosse dessa maneira. O motor do capitalismo é a inovação, que nada mais é que a obstinação em levar ao mercado algo novo, exclusivo, vale dizer, ter seu monopólio, ao menos por algum tempo. É justamente o empenho de se tornar monopolista – auferir lucro econômico ou supra normal – o que sustenta a dinâmica concorrencial.³⁹

³⁶ Fábio NUSDEO, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, 3. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.277.

³⁷ Fábio NUSDEO, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, cit., p. 263.

³⁸ Fábio NUSDEO afirma que são cinco as principais inoperabilidades do mercado: 1) falha de mobilidade; 2) falha de transparência; 3) falha de estrutura; 4) falha de sinal; e 5) falha de incentivo. (*Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, cit., pp. 138-167).

³⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ato de concentração 83/96, Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva, 18 jun. 1997, p. 08.

A concorrência, portanto, passa “a ser vislumbrada tendo em vista as características do mercado imperfeito, porque real, e por isso é denominada de concorrência imperfeita, praticável ou efetiva.”⁴⁰

No mercado imperfeito ou real a existência de poder econômico por parte dos agentes econômicos é resultado do próprio processo competitivo. Como ensina Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR,

A busca do lucro, enquanto condiciona e possibilita a acumulação de capitais, explica o aumento da dimensão da empresa. No regime de concorrência, este processo pode conduzir a ajustes, coalizões, fusões, incorporações ou integrações, como instrumento de competição. Em consequência, o fenômeno do poder econômico não é uma exceção no jogo do mercado, mas um dado virtualmente constante das relações econômicas.⁴¹

A concorrência, portanto, é o motor que impulsiona os agentes no mercado e que os leva a buscar o poder econômico.

2. PODER ECONÔMICO

Sérgio VARELLA BRUNA, citando os ensinamentos de Modesto CARVALHOSA, afirma que “poder econômico é a capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado”. Observa, ainda, que “tal independência não é absoluta, já que a capacidade de decisão e de escolha é grande, porém não ilimitada”.⁴²

Entende-se, portanto, que o poder econômico é o poder que um agente econômico tem de tomar decisões no mercado sem a influência dos demais agentes econômicos, ou seja, dos seus concorrentes, clientes e consumidores. É na verdade um fato, uma situação em que se encontra o agente econômico em relação ao mercado. O

⁴⁰ Leila CUÉLLAR, **Abuso de Posição Dominante**, Curitiba, 1997. 153 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 21

⁴¹ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, **Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional**, cit., pp. 182-183.

⁴² Modesto CARVALHOSA, **Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**, Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 2. *Apud* Sérgio VARELLA BRUNA, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**, cit., p. 103.

detentor do poder, conforme ensina Sérgio VARELLA BRUNA, “passa, assim, a condicionar e a conformar, com suas atitudes individuais, as suas relações econômicas de troca”⁴³.

A existência de poder econômico significa, pois, uma aberração no sistema de concorrência perfeita, no qual nenhum dos agentes econômicos tem o poder de exercer qualquer influência na oferta e na procura de determinado bem.

Contudo, a detenção de poder no mercado por determinadas empresas faz parte da realidade econômica, não constituindo *per se* uma ameaça ao desenvolvimento regular do mercado. Conforme ensinamento de J. Kenneth GALBRAITH, “o poder, por si, não é um assunto merecedor de indignação. O exercício do poder, a submissão de alguns à vontade de outros, é inevitável na sociedade moderna; nada se realiza sem ele. É um assunto para ser abordado com espírito cético, mas não com a idéia fixa do mal.”⁴⁴ Afirma-se inclusive, segundo Fábio Konder COMPARATO, que “a realidade do poder é insuprimível da vida econômica”⁴⁵.

Sob a nova perspectiva que adquiriu a propriedade dos bens de produção⁴⁶, fala-se até mesmo que o exercício do poder econômico desempenha uma *função social*. Isto porque, o seu centro emanente que é a empresa adquiriu tal importância no cenário econômico, que foi elevada, no texto constitucional, à importante instrumento de realização da justiça social. “Assim, a liberdade de iniciativa econômica somente se legitima quando voltada à satisfação não só dos interesses privados de seu titular, mas

⁴³ Sérgio VARELLA BRUNA, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**, cit., p. 104.

⁴⁴ John Kenneth GALBRAITH, **Anatomia do Poder**, 2.º edição, São Paulo: Pioneira, 1986, p. 13.

⁴⁵ Fábio Konder COMPARATO, **Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?** Revista Forense 253:7, 1976, p. 11.

⁴⁶ Segundo Sérgio VARELLA BRUNA, “A análise da propriedade dos bens de produção – propriedade em regime de empresa – sob a perspectiva dinâmica, tendo em conta a finalidade com que tais bens são empregados, ao contrário da perspectiva estática, faz com que se passe a encarar tal propriedade não só sob o aspecto do direito subjetivo que ela outorga a seu titular (de excluir os demais indivíduos), mas agora também tendo em vista a *função* contida no emprego de tais bens no processo produtivo. Ao contrário do que ocorre com a noção clássica de direito subjetivo, o conceito de função expressa um poder que não é exercido exclusivamente no interesse do seu titular (...) É nessa perspectiva dinâmica que deve ser encarada a função social dos bens de produção, enquanto princípio da ordem econômica, constitucionalmente estabelecido (CF, art. 170, III).” (**O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**, cit., p. 140)

também dos demais valores da ordem econômica, como a realização da justiça social e a valorização do trabalho humano.”⁴⁷

Conclui-se, diante dessa perspectiva, que o poder econômico, exercido através do poder de controle empresarial⁴⁸, deverá ser condizente com a função social da empresa. Isso permite afirmar, nas palavras de Fabio Konder COMPARATO, que

a finalidade última desse poder, do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e partilha de lucros entre proprietários ou capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social de serviço à coletividade.⁴⁹

Visto desta forma, o poder econômico não possui qualquer relevância no campo da política antitruste, pois condizente com os objetivos de política econômica do Estado. O que causa preocupação, entretanto, é a quantidade excessiva de poder em mãos de um (ou alguns) agente econômico que lhe dá capacidade de obstar uma concorrência efetiva no mercado, ou seja, que lhe possibilita a eliminação ou restrição substancial da concorrência.

É possível falar, portanto, que o poder econômico comporta diferentes graus⁵⁰. Assim, uma sociedade pode desfrutar de um nível moderado de poder econômico no mercado, não merecendo preocupação em matéria antitruste. Por outro lado, outra pode possuir certa quantidade de poder, que a permita “exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante”⁵¹, ou seja, que lhe confira *posição dominante*, entendida por Sérgio VARELLA BRUNA como a “parcela juridicamente relevante de

⁴⁷ Sérgio VARELLA BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, cit., p. 141.

⁴⁸ De acordo com Fábio Konder COMPARATO, “Autor do abuso é, sempre, o titular do poder de controle, exista ou não um grupo econômico” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 388)

⁴⁹ Fábio Konder COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 395.

⁵⁰ Sérgio VARELLA BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, cit., p. 105.

⁵¹ Sérgio VARELLA BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, cit., p. 115.

poder econômico”⁵²⁻⁵³. Sobre esta é que deve haver uma maior preocupação da autoridade antitruste. Isso porque,

*É intuitivo que a existência de agentes com poder sobre o mercado, quando levada ao ponto máximo do monopólio, elimina por completo a possibilidade de escolha por parte dos consumidores. Mas mesmo antes disso o poder econômico pode ser entendido como limitador da liberdade de escolha (de todos os agentes, consumidores e produtores) quando suficientemente grande para criar barreiras à entrada de concorrentes.*⁵⁴

A simples detenção de poder econômico por um agente no mercado, portanto, não é algo a ser combatido, mas merece preocupação em matéria antitruste quando capaz de produzir efeitos anticoncorrenciais.

O próprio sistema antitruste brasileiro não prevê a antijuridicidade do poder econômico, coibindo, de outra sorte, o abuso no seu exercício. Neste sentido afirma Calixto SALOMÃO FILHO, que “O direito antitruste não sanciona o poder de mercado em si. Investe, isso sim, contra o poder de mercado estruturado de forma a prejudicar concorrentes e/ou consumidores.”⁵⁵

Adverte, ainda, Sérgio VARELLA BRUNA que “O poder econômico é admitido como um dado estrutural, mas reclama a prudente atividade estatal de controle, mediante repressão aos abusos em seu exercício, já que ‘todo poder tende à concentração, seja qual for a sociedade em que se exerça’.”⁵⁶

Diante disso, passa-se à análise da disciplina jurídica do poder econômico.

⁵² Sérgio VARELLA BRUNA, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**, cit., p. 178.

⁵³ Segundo o disposto no § 2.º do artigo 20 da legislação antitruste brasileira, Lei 8884/94, “Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.”

⁵⁴ Calixto SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial – As Estruturas**, cit., p. 50 (grifos nossos). “Portanto, para uma ordem econômica que pretende se auto-controlar, o poder econômico no mercado deve ser fiscalizado e, quando excessivo ou abusivo, reprimido. Caso contrário, estar-se-á apenas substituindo a excessiva ingerência do Estado, que se pretende limitar (mas de maneira alguma eliminar) através da garantia de correta atuação das regras de mercado, por uma dominação do “mercado” pelo poder privado, o que é, evidentemente, a pior solução, já que quanto a esse não é possível sequer fazer presunção de persecução do interesse público que se faz com relação ao Estado.”, p. 50.

⁵⁵ Calixto SALOMÃO FILHO, **Direito Concorrencial – As Estruturas**, cit., p. 131.

⁵⁶ Sérgio VARELLA BRUNA, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**, cit., pp. 146-147.

3. DISCIPLINA JURÍDICA DO PODER ECONÔMICO: REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

A constituição econômica brasileira⁵⁷ não reprime o poder econômico em si, mas somente o seu exercício abusivo. Assim dispõe:

Art. 173. (...)

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

Depreende-se da leitura do texto constitucional que o *abuso de poder econômico* está no centro da atuação estatal em defesa da concorrência, o que confere grande relevância à compreensão do seu significado.

Sergio VARELLA BRUNA transpondo a noção de desvio de função para o estudo do abuso de poder econômico, afirma que

Abusa do poder econômico aquele que o desvia de sua função social. Essa *função* deve ser considerada como um dos elementos integrantes de uma técnica de produção social mais complexa, composta tanto pela iniciativa pública como pela privada. Reserva-se preferencialmente ao setor privado – sob a égide dos princípios de livre iniciativa e de livre concorrência – a exploração da atividade econômica (em sentido estrito), sem prejuízo de deverem todas as forças sociais, quer públicas ou privadas, convergir para a realização de ideais como o de assegurar a todos uma existência digna, promovendo o desenvolvimento com justiça social.⁵⁸

Calixto SALOMÃO FILHO afirma que “a expressão “abuso de poder econômico”, entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa conduta estratégica, visando à obtenção dos efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros).”⁵⁹

Ensina Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR que,

⁵⁷ Acerca do tema, consultar Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., cap. 2.

⁵⁸ Sérgio VARELLA BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, cit., p. 176.

⁵⁹ Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As Condutas*, cit., p. 111.

Dominação é mais do que posição de predominância. É, por meios ardilosos, bloquear a renovação do mercado, impedindo o advento de novas forças e a expansão das existentes. Eliminação da concorrência é mais do que competir, tentando, estrategicamente, suplantar os demais. É atentar contra a própria estrutura do mercado, fazendo da competitividade uma aparência de competitividade, da concorrência um jogo previamente combinado, em que as partes abrem mão de sua liberdade em troca de uma vantagem que as tiraniza. Aumento arbitrário de lucros é mais do que busca do lucro e a acumulação de capital. É obtenção ardilosa de vantagens desproporcionais aos custos do investimento, conquistadas a partir de posições de predominância naturais ou artificialmente alcançadas.⁶⁰

A ilicitude do poder econômico, portanto, “somente ocorrerá quando houver abusividade em seu exercício, ou seja, na medida em que venha a ser desrespeitada essa *função*, que lhe é atribuída pela ordem jurídica: servir de instrumento na perseguição do desenvolvimento e da justiça social.”⁶¹

Cumprе ressaltar, ainda, segundo Sérgio VARELLA BRUNA, que a contrariedade à função social

(...) verifica-se especificamente no campo das liberdades de iniciativa e de concorrência. Outros valores não concorrenciais que eventualmente sejam violados pelas atitudes dos detentores de poder econômico serão objeto de outras técnicas jurídicas, diversas da repressão aos abusos do poder econômico. Sob o prisma concorrencial, desvio do poder econômico dessa sua função contraria o desenvolvimento, pois impede a correta alocação de recursos econômicos na atividade produtiva, contrariando ainda a justiça social, na medida em que subverte os critérios de distribuição de renda.⁶²

Seguindo a orientação do texto constitucional, o legislador infraconstitucional editou a lei antitruste brasileira (Lei 8884/94), que reprime as condutas e as estruturas que visem a um uso abusivo do poder, ou seja, que visem à obtenção de efeitos anticoncorrenciais como a dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. Tais efeitos são identificados a partir de uma análise econômica.

⁶⁰ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, cit., p. 183.

⁶¹ Sérgio VARELLA BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, cit., p. 146.

⁶² Sérgio VARELLA BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, cit., p. 178.

Na sistemática da lei, serão ilícitos todos os atos que tenham por objetivo ou que tenham a *potencialidade* de produzir algum dos efeitos elencados no artigo 20:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

De acordo com o disposto no referido artigo, afirma Paula A. FORGIONI que “para fins de determinação da ilicitude da prática, basta que ela seja prejudicial à competição não havendo porque “tipificá-la” como acordo entre agentes econômicos ou abuso de posição dominante.”⁶³ Frisa, ainda, a autora que na nossa legislação antitruste, “o ato não baseado em uma vantagem competitiva que gera prejuízos para o mercado há de ser considerado infração à ordem econômica, nos exatos e precisos termos do inciso I do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, independentemente de ter ou não sido praticado por um agente com domínio de mercado.”⁶⁴

Importante destacar, para o presente trabalho, que a regra do artigo 20 refere-se também aos atos que *potencialmente* possam produzir os efeitos mencionados, o que autoriza uma atuação preventiva do Estado. Conforme se verá mais adiante, alguns aspectos do exercício do poder econômico pelo distribuidor podem ser potencialmente lesivos à concorrência, merecendo uma atuação estatal prévia.

Outro dispositivo fulcral da lei antitruste brasileira, é o artigo 54, que busca prevenir a formação ou o aumento de poder econômico que possa de alguma forma prejudicar a concorrência, obrigando a submissão, às autoridades de defesa da concorrência, dos atos de concentração sob qualquer forma manifestados, ou seja, de todos os atos ou contratos que possam provocar efeitos estruturais nos mercados (fusão, aquisição, incorporação, mas também, contratos de distribuição, consórcios societários, etc.).

⁶³ Paula A. FORGIONI, *O Contrato de Distribuição – Função econômica e análise jurídica*, cit., p. 260.

⁶⁴ Paula A. FORGIONI, *O Contrato de Distribuição – Função econômica e análise jurídica*, cit., p. 298.

A ilicitude dos atos restritivos da concorrência, no entanto, não é algo absoluto no sistema antitruste brasileiro, principalmente, em razão da feição instrumental que a concorrência aqui apresenta. Segundo Sérgio VARELLA BRUNA,

o que se há de perquirir é se o poder econômico, num dado caso concreto, enseja maior ganho social relativamente ao regime concorrencial. Tal não deixa de ser, em termos mais simples, uma avaliação à luz do critério *custo-benefício*, a qual, se favorável, resultará na admissão da licitude do poder econômico. O desempenho desse mister, como visto, implica o desenvolvimento de um *juízo de legalidade* e não de um *juízo de oportunidade*, nada havendo de discricionário em tal atividade. Os critérios para esse *juízo de legalidade* são dados pela ordem jurídica, fundamentalmente as diretrizes constitucionais da atividade econômica, e também por preceitos legais de origem infraconstitucional como, por exemplo, entre nós, os incisos do § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94, ou ainda o § 1.º do art. 20 da mesma lei.⁶⁵⁻
66

A lei antitruste brasileira tem, portanto, o escopo de proteger o eficiente funcionamento do mercado, que é patrimônio nacional (art. 219, da Constituição Federal), através da repressão, *a priori* ou *a posteriori*, ao abuso de poder econômico, ou seja, de condutas ou estruturas que prejudiquem ou possam prejudicar a concorrência.⁶⁷

⁶⁵ Sérgio VARELLA BRUNA, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**, cit., pp. 174-175. Segundo o autor, "... a conduta não será abusiva quando se justifique por motivos econômicos que favoreçam o desenvolvimento e a justiça social, mesmo representando restrição à liberdade de concorrência, já que a concorrência é meio e não fim em si mesma. Mas os imperativos da eficiência econômica deverão ceder o passo a outros valores maiores da ordem jurídica, não necessariamente econômicos. Desse modo, não se pode justificar violação de bens jurídicos maiores, como a vida ou a saúde do trabalhador, a pretexto de atingir-se a aludida eficiência.", p. 178.

⁶⁶ "Art. 54 (...)

§ 1. O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

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

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

(...)"

"Art. 20 (...)

§ 1. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inc. II."

⁶⁷ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, **Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional**, cit., p. 184.

CAPÍTULO III – DISTRIBUIÇÃO

1. DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

A forma de escoamento da produção é peça-chave no sucesso da atividade empresarial. De nada adianta o agente econômico produzir se os produtos não chegarem ao consumidor final. Por essa razão a escolha do método de escoamento de mercadorias é tão importante. O empresário pode ser o responsável direto pela distribuição de seus produtos, ou seja, vender diretamente ao consumidor. Ou ainda, pode optar pela venda indireta, que requer a colaboração de outro ou outros agentes econômicos.

A avença das condições em que se fará a venda indireta é realizada através dos chamados acordos verticais, que são nas palavras de Paula A. FORGIONI, “aqueles celebrados entre agentes econômicos que se situam em diferentes estágios da cadeia produtiva, que vai desde a extração da matéria-prima até a colocação do produto junto a seu adquirente final.”⁶⁸

Existem várias formas de realização de venda indireta, ou seja, da comercialização de produtos por terceiros, e não diretamente pelo produtor. Pode-se falar da franquia, da agência, da comissão mercantil, dentre outros. A presente proposta, no entanto, restringe-se à distribuição em sentido estrito, ou seja, àquela forma de escoamento realizado por um agente econômico denominado distribuidor, que *revende os bens adquiridos de um fornecedor, em nome próprio e por sua conta e risco, tendo como remuneração a diferença entre o preço de aquisição do produto do fornecedor e o preço de revenda ao consumidor*. São exemplos, as redes de supermercados, que adquirem seu estoque dos fornecedores para posterior revenda em suas lojas.

⁶⁸ Paula A. FORGIONI, *O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica*, cit., pp. 34-35.

Importante observar que muitos autores referem-se à distribuição estrito senso como concessão de venda. Não há razão para distinções, o que permite considerar tais expressões como sinônimas neste trabalho.

Exclui-se do âmbito da presente monografia, no entanto, o contrato de distribuição entre fabricantes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, visto que, como bem ponderaram Eros Roberto GRAU e Paula A. FORGIONI, constitui uma *restrição* à livre concorrência, delineada especificamente pela Lei 6729/1979 (Lei Ferrari).⁶⁹

Definido o marco teórico, parte-se para uma breve análise da dinâmica da distribuição estrito senso, que servirá como base para o desenvolvimento da perspectiva concorrencial do poder econômico do distribuidor.

2. FUNÇÃO ECONÔMICA

A maioria das mercadorias e muitos serviços procedem do produtor para o consumidor através de um processo de distribuição por via indireta. Esse processo consiste na transferência do produto do patrimônio do fornecedor para o patrimônio do distribuidor e desse para o patrimônio do consumidor⁷⁰.

A relevância da distribuição indireta está principalmente no escoamento de certos bens como, por exemplo: bens de consumo, pois envolvem compra “por impulso” e demanda geograficamente dispersa; bens perecíveis, por necessitarem de um rápido escoamento; bens em estágio de grande e crescente demanda, entre outros.⁷¹ Mostra-se, ainda, vantajosa no caso em que o fabricante não conhece o mercado em que irá atuar.

De acordo com Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim THEODORO DE MELLO, “A concessão comercial, modernamente, apresenta-se

⁶⁹ Eros Roberto GRAU e Paula A. FORGIONI, *Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites*. Lei n. 8.884, de 1994, e Lei n. 6729, de 1979 (‘Lei Ferrari’), **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 6, n. 1, pp. 5-27, 1999.

⁷⁰ Conforme adverte Claudinei de MELO, caso não haja revenda por parte do distribuidor, não há distribuição (**Contrato de Distribuição**, Saraiva: São Paulo, 1987, p. 31)

⁷¹ Paula A. FORGIONI. **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., pp. 31-32.

muito útil para a circulação dos produtos de massa, como cervejas, refrigerantes, derivados de petróleo, automóveis, motocicletas, material agrícola etc.”⁷²

Como ensina Fabio Konder COMPARATO, o objetivo da distribuição, para o fornecedor, é estender a rede de distribuição de seus produtos ou potencializar ao máximo a exploração de sua marca, sem a necessidade de investir diretamente na comercialização.⁷³

A sua função econômica está, portanto, justamente na organização de uma rede de comercialização de mercadorias em larga escala, em que se evidenciam vantagens e colaborações recíprocas entre as partes. Nas palavras de Paula A. FORGIONI, “têm sua função econômica centrada ou no escoamento da produção ou no fornecimento de matérias-primas, ou produtos, conforme analisados sob a ótica do vendedor ou do adquirente, respectivamente.”⁷⁴

Paula A. FORGIONI observa, ainda, que “A racionalidade da celebração do negócio está, justamente, no alcance da economia de um custo de transação que não seria possível se fossem realizadas compras e vendas apartadas.”⁷⁵

3. INSTRUMENTO JURÍDICO

A relação de distribuição, modernamente conhecida instrumentaliza-se, principalmente, através de um contrato de distribuição estrito senso ou concessão de venda. Adotam-se definições atuais do instrumento, visto que mais condizentes com a realidade. Assim, segundo Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim THEODORO DE MELLO, “A concessão comercial (contrato de distribuição *stricto sensu*) é um contrato novo que se aperfeiçoa quando um fabricante obriga-se a vender, continuamente, a um distribuidor, que, por sua vez, se obriga a comprar com

⁷² Adriana Mandim THEODORO DE MELLO e Humberto THEODORO JÚNIOR, Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 122, Ano XL (Nova Série), pp. 7-37, abr./jun. 2001, p. 10.

⁷³ Fábio Konder COMPARATO, **Franquia e concessão de venda no Brasil da consagração ao repúdio?**, cit., p. 10.

⁷⁴ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 33.

⁷⁵ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 209.

vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada.”⁷⁶

Complementa tal definição Paula A. FORGIONI, para quem o contrato de distribuição é um

contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto⁷⁷, quadro⁷⁸, de longa duração e de natureza relacional, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como retribuição a diferença entre o preço de aquisição e de venda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.⁷⁹

3.1 Disciplina Jurídica

O Código Civil de 2002 trata em seu Capítulo XI (artigos 710 e seguintes) da distribuição juntamente com o contrato de agência. O artigo 710 assim dispõe:

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

Extrai-se da confusa redação do artigo, que se trata de dois institutos distintos, a agência e a distribuição, que foram diferenciados apenas pela disposição ou não da coisa pelo distribuidor ou agente.

⁷⁶ Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim THEODORO DE MELLO, **Apontamentos sobre a Responsabilidade Civil na Denúncia dos Contratos de Distribuição, Franquia e Concessão Comercial**, cit., p. 10.

⁷⁷ Para Paula A. FORGIONI, o contrato de distribuição deixou de ser atípico e misto a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o que será debatido no próximo item.

⁷⁸ Segundo Paula A. FORGIONI, “o contrato dá luz a um verdadeiro *quadro*, dentro do qual se desenrolam as ligações futuras entre as partes, idôneo a se adaptar aos tempos vindouros, salvaguardando a estabilidade da relação e completando-se por outras avenças que virão a integrá-lo (chamadas, pela doutrina especializada, *contratos de aplicação*). Melhor dizendo, o acordo que estabelece as bases do relacionamento entre as partes tem conteúdo naturalmente impreciso e gera várias compras e vendas posteriores.” (**O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 54)

⁷⁹ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 81.

No entanto, o contrato de distribuição possui outras características que lhe são próprias e que não foram elencadas pela referida norma. Omissão grave do texto legislativo é o fato do distribuidor comprar do fornecedor os produtos que irá revender. Ao falar que os bens estarão à disposição do distribuidor não se quer dizer necessariamente que eles foram adquiridos, o que gera uma incongruência com a própria natureza do contrato. Tal falta de cuidado do legislador aproximou o contrato de distribuição do contrato estimatório (contrato de consignação), previsto nos artigos 534 e seguintes, no qual o consignante também tem os bens a sua disposição.

Outro problema do referido texto legislativo, refere-se à expressão “à conta de outra”, o que fere uma característica fundamental do contrato de distribuição que é a atuação do distribuidor por sua conta e risco.

Além disso, o contrato de distribuição ou concessão de venda tem outra característica importante confundida pelo artigo 710, que é a forma de remuneração do distribuidor. O texto legal menciona a expressão “mediante retribuição”, o que confere o sentido de pagamento por parte do fornecedor ao distribuidor. Ocorre que na relação de distribuição estrito senso, o distribuidor remunera-se através da venda dos produtos por preço superior ao da aquisição.

Diante destas incongruências do Código Civil em relação ao contrato de distribuição estrito senso, Paula A. FORGIONI procurou interpretar o texto legal de forma a não o inutilizar⁸⁰. Para tanto, entendeu que retribuição a que se refere o artigo foi empregada em sentido amplo, englobando a *remuneração pelo desenvolvimento da atividade econômica*. A expressão “ter à sua disposição”, por sua vez, teria o sentido de “ter sob seu domínio”, o que levaria a uma forçosa interpretação de que se o bem

⁸⁰ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 81. De acordo com a autora, até a entrada em vigor do novo Código Civil, o contrato de distribuição era considerado como um contrato atípico, visto que não disciplinado por qualquer norma pertencente ao nosso ordenamento jurídico. A única lei no Brasil que regulava a relação jurídica entre fornecedor e distribuidor era a Lei Ferrari (Lei 6729/79), que dispõe sobre a concessão comercial de veículos automotores em via terrestre. Como bem pondera Paula A. FORGIONI, “a lei especial continua a ser aplicável aos contratos de representação e aos contratos de concessão comercial, regidos pela Lei Ferrari. (...) Por uma questão de coerência do sistema, a lei específica prevalece sobre a lei geral; conseqüentemente, a Lei Ferrari, própria para determinado setor da economia, há de preponderar sobre as disposições gerais do Código Civil, mesmo que a lei geral tenha sido posterior à específica.” (**O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 80)

está à disposição do distribuidor, ele o negocia necessariamente por sua conta própria.⁸¹

Contudo, prefere-se entender que o legislador utilizou-se do termo distribuição para tipificar um novo tipo contratual ligado ao contrato de agência, na medida em que a conceituação formulada no artigo 710 não corresponde ao sentido que a prática mercantil e jurídica dão ao contrato de distribuição estrito senso.

Nesse sentido, manifestou-se Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, ainda quanto ao Projeto do Código Civil,

O mais grave é que o Projeto prevê, nesse Capítulo, a **distribuição** como modalidade de contrato de agência, caracterizando-a quando o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada. Ou seja, rebatizou a **consignação** com o nome de distribuição, quando se sabe que o contrato de distribuição, atualmente, identifica uma nova espécie de contrato, semelhante ao de concessão mercantil, que visa permitir ao fabricante a colocação de seus produtos e a divulgação de sua marca no mercado, pela formação de uma rede de distribuidores que não são comissionados, pois, diferentemente da agência, adquirem os produtos para os revender, tendo na margem de comercialização sua remuneração.⁸²

Antônio Felix de Araújo CINTRA e Renato BERGER consideram, da mesma forma, que a distribuição a que se refere os artigos 710 e seguintes não corresponde àquela reconhecida pela prática mercantil. Afirmam que,

Utilizando o nome distribuição, o Código Civil contempla uma nova e diferente figura contratual, que nada mais é do que um desdobramento da relação de agência. A distribuição do Código Civil é contrato de agenciamento de negócios em favor do proponente, com a particularidade de que os bens objeto do agenciamento encontram-se na posse do agente, que passa a ser chamado também de distribuidor. Todo o capítulo de agência e distribuição corrobora tal constatação, desde a definição da distribuição como um derivado da agência (artigo 710) até as disposições sobre o direito do distribuidor à remuneração por negócios concluídos em sua zona sem sua interferência (artigo 714) e direito à indenização o caso de diminuição no atendimento de propostas (artigo 715), todas referentes apenas a contratos de aproximação entre comprador e vendedor e nunca à aquisição de produtos para revenda por conta própria.⁸³

⁸¹ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., pp. 77-78.

⁸² Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, Um Novo Código Civil (Será que é isso o que queremos?), **Gazeta do Povo**, Curitiba, 3 ago. 1998. [grifo do autor]

⁸³ Antonio Felix de Araujo CINTRA e Renato BERGER, Definição de Agência e Distribuição, **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 20 mar. 2003.

Desta forma, entende-se que o contrato de distribuição continua sendo atípico e, portanto, disciplinado pelos princípios gerais do direito obrigacional e, especificamente, pelos princípios gerais da teoria dos contratos⁸⁴, bem como pelas regras gerais dos contratos (artigos 421 e seguintes do Código Civil).

3.2 Sujeitos do Negócio Jurídico

O contrato de distribuição é um *negócio jurídico empresarial*⁸⁵, visto que realizado por dois empresários, o fabricante e o distribuidor. O distribuidor age em nome próprio e no interesse próprio, ou seja, por sua conta e risco ao revender os produtos adquiridos do fabricante⁸⁶. Daí retira-se uma importante característica do contrato de distribuição, qual seja a autonomia e independência do distribuidor em relação ao fornecedor. Segundo lição de Rubens REQUIÃO,

Na rede de empresas concessionárias com efeito, cada uma delas mantém sua independência econômica e autonomia jurídica, pois com o sistema se visa apenas à comercialização da produção, excluindo a imposição de preços e o domínio monopolístico e anticompetitivo do mercado.⁸⁷

Nesse sentido, afirmam Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim THEODORO DE MELLO que

⁸⁴ Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim THEODORO DE MELLO, **Apontamentos sobre a Responsabilidade Civil na Denúncia dos Contratos de Distribuição, Franquia e Concessão Comercial**, cit., p. 18. Os autores esclarecem que “aos contratos de distribuição em geral não se aplicam as Leis 4.886/65 e 6.729/79, porquanto ambas são leis especiais, de incidência restrita aos seus respectivos objetos, não sendo possível, por critério analógico, tornar regra geral o que o legislador houve por bem tratar apenas como regra especial.”, p. 35.

⁸⁵ “... em nossos dias, mais do que comerciantes, o fabricante e o distribuidor são *empresários*, pois exercem profissionalmente atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de riquezas, com o intuito de obter *lucro* nessas operações, agindo consoante uma *racionalidade* própria à categoria a que pertencem.” (Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 39).

⁸⁶ É essencial, portanto, que o distribuidor tenha sob o seu domínio o que irá negociar.

⁸⁷ Rubens REQUIÃO, **O Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade (Concessão Comercial)**, São Paulo, RDM n. 7, ano XI, pp. 17-45, 1972, p. 21.

(...) o contrato de distribuição, figura atípica da praxe comercial moderna, pressupõe várias empresas atuantes conjugadamente na fabricação e revenda de certo produto, mas todos mantendo “sua independência econômica e autonomia jurídica”. O distribuidor não agencia vendas para o fabricante. Compra produtos deste e os revende ao consumidor final.⁸⁸

Por fim, a cadeia de distribuição se completa com a revenda do bem por parte do distribuidor. De acordo com Paula A. FORGIONI,

[o] adquirente do bem distribuído poderá ser tanto um consumidor, tal como entendido pelo art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor quanto um terceiro adquirente, que não se subsuma à tal definição legal, ou mesmo, um outro distribuidor. Note-se que a relação estabelecida entre o distribuidor e o adquirente pode ou não constituir um outro contrato de distribuição: efetivamente, é possível ter a jusante a chamada distribuição de segundo grau, ao mesmo tempo em que se pode negociar diretamente com pessoa que não adquirirá o bem para a revenda.⁸⁹

Apesar da cadeia de distribuição pressupor a revenda ao consumidor, o contrato de distribuição possui como sujeitos apenas o fabricante e o distribuidor.

4. A INVERSÃO DE FORÇAS ENTRE COMÉRCIO E INDÚSTRIA: A FORÇA ECONÔMICA DO DISTRIBUIDOR

A força econômica da indústria foi preponderante durante um período que vai das décadas finais do século XIX até a Segunda Guerra Mundial, durante

(...) um fenômeno de concentração empresarial motivado por fatores como a concorrência (que eliminava os eficientes), o progresso técnico (com a “segunda revolução industrial”, a utilização de energia elétrica permite a sincronização do trabalho e a produção em cadeia, favorecendo as grandes empresas; novas técnicas siderúrgicas obrigam à constituição de grandes empresas capazes de suportar os elevados encargos impostos pela adoção da tecnologia moderna; as indústrias do aço, construção mecânica e automóvel tornam-se os principais ramos de actividade econômica, alicerçados em unidades de grande dimensão; as indústrias química, do alumínio e de aparelhos elétricos surgem a partir de grandes empresas, as que melhor

⁸⁸ Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim THEODORO DE MELLO, **Apontamentos sobre a Responsabilidade Civil na Denúncia dos Contratos de Distribuição, Franquia e Concessão Comercial**, cit., p. 32.

⁸⁹ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 40.

respondem à necessidade de amortizar elevadas somas de capitais fixos), as crises cíclicas (que estimulam a cartelização das maiores empresas) e a ligação dos grandes bancos de investimento à indústria, do capital bancário ao capital industrial.⁹⁰

Tal panorama resultou numa posição desfavorável do comércio em relação às poderosas estruturas industriais que se formaram. A atividade do comércio, então, passou a ser subordinada à força da indústria.

A partir da Segunda Guerra Mundial, no entanto, iniciou-se um processo de inversão da relação de forças, devido, sobretudo, à existência de setores em que a oferta é superior a procura, conferindo maior poder a quem procura, ou seja, ao comerciante.⁹¹ “[D]o tempo em que a indústria dominava o processo econômico e os comerciantes disputavam o fabricante, passa-se a uma nova era, em que os industriais disputam o cliente (o comerciante).”⁹²

Acompanhando essa tendência de inversão de forças, o grande varejo ganha espaço e importância. Os distribuidores passam a representar um setor cada vez mais expressivo na economia. Isto porque todas as empresas requerem um sistema de distribuição e o nível de assistência por ele assegurada e sua respectiva eficiência são importantes elementos do processo concorrencial que visa o acesso aos clientes. São raros os produtores que distribuem eles próprios os seus produtos aos clientes finais, recorrendo na maioria dos casos a distribuidores especializados para este feito.⁹³

É frequente, ainda, o número de agentes econômicos que desconhecem as particularidades do mercado em que irão atuar, ou ainda, que querem expandir a área

⁹⁰ José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, cit., pp. 58-59.

⁹¹ José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, cit., p. 61.

⁹² José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, cit., p. 61.

⁹³ A importância da distribuição pode ser bem visualizada através de dados trazidos pela União Europeia: “No início da década de 90, cerca de 4,5 milhões de empresas (29,4 % do total) na Comunidade Europeia (CE) desenvolviam actividades no sector da distribuição, dos quais 3,4 milhões no sector retalhista e 1,1 milhão no sector grossista. Esta percentagem pode variar de forma considerável consoante os diferentes Estados-membros, cifrando-se em cerca de 20 % na Dinamarca e na Bélgica e atingindo 40 % na Grécia. Os sectores da distribuição empregavam aproximadamente 22 milhões de pessoas na CE em 1994 (15,6 % do emprego total). Em 1991, 12,9 % de todo o valor acrescentado na CE foi gerado no sector da distribuição, variando desde 10 % na Alemanha até 17 % em Portugal”. (**Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência**. Disponível em: < http://Europa.eu.int/comm/competition/antitrust/96721pt_pt.pdf >. Acesso em 12.03.2003)

de consumo de seus produtos sem o aumento dos custos. A solução nesses casos é a opção pela venda indireta, através das grandes redes de distribuição.

A partir de então, verificou-se também uma crescente concentração da economia, principalmente, do setor de distribuição, “não só devido à forte apetência por bens de consumo que então se verificou, mas também em virtude do sucesso que, junto ao grande público, tiveram os hipermercados, supermercados e grandes superfícies no domínio do mobiliário e eletrodomésticos.”⁹⁴

Como bem observa Paula A. FORGIONI,

[a] força crescente de um sistema concentrado de distribuição deriva também do hábito do consumidor que, cada vez mais, prefere a comodidade dos grandes supermercados, experimentada por qualquer dona de casa: maior variedade de produtos, possibilitando um grande leque de opções, comparação de preços, economia de custos, ganho de tempo por encontrar em um só lugar mercadorias que seriam vendidas em várias lojas especializadas, estacionamento gratuito e tantas outras. Ao contrário do que acontece na grande maioria das cidades européias, no Brasil os negócios de menor porte são impelidos para mercados secundários (bairros periféricos ou cidades em que os grandes varejistas não têm interesse em atuar).⁹⁵

Outro fato importante, que faz aumentar o poder dos distribuidores, é a atuação de alguns grupos em mais de um segmento do mercado varejista e em diferentes formatos de lojas, procurando atingir diversos públicos na sua área de atuação. É o caso do Grupo Sonae, que atua preponderantemente na Região Sul, onde opera com a marca MERCADORAMA no setor de supermercado e com a marca BIG no de hipermercado.⁹⁶

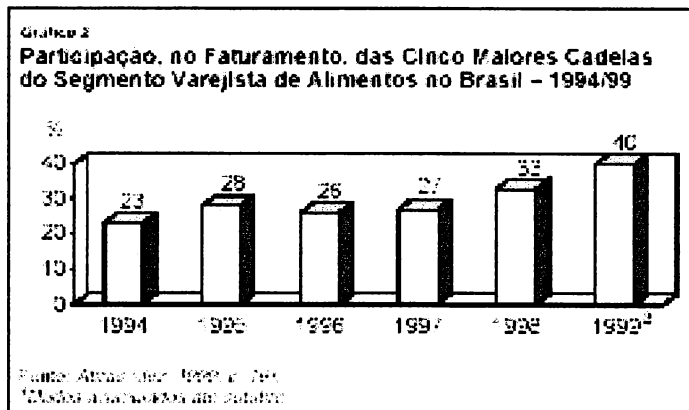
O papel das cadeias de distribuição, portanto, aumenta em termos de importância e, assim também, a sua força econômica frente aos fabricantes e consumidores. Basta pensarmos em grandes nomes do comércio varejista de alimentos como Carrefour, Wal-Mart e Grupo Pão de Açúcar. A evolução do grau de

⁹⁴ José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, cit., p. 61.

⁹⁵ Paula A. FORGIONI, *O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise Jurídica*, cit., p. 268.

⁹⁶ Gerência Setorial de Comércio e Serviços, BNDES, *SUPERMERCADO NO BRASIL – O Movimento das Grandes Empresas*, Informe Setorial n.22, dez./2000.

concentração no Brasil deste setor é bastante evidente, e pode ser demonstrada por dados apresentados pelo BNDES⁹⁷:



A tendência é que o fenômeno de concentração continue crescendo, visto que as vantagens incorporadas pelos grandes varejistas são grandes. Diante desse quadro, a pergunta que se faz é se essas vantagens estão sendo distribuídas ao longo de toda cadeia produtiva (fornecedores, consumidores e concorrentes) ou se estão resultando ou podem vir a resultar em detrimento da concorrência, principalmente a longo prazo. É o que se buscará responder no próximo capítulo.

⁹⁷ Gráfico extraído de: Wiliam George Lopes SAAB; Luiz Carlos Perez GIMENEZ, **Aspectos Atuais de Alimentos no Mundo e no Brasil**, BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 11, pp. 101-122, mar. 2000, p. 111.

CAPÍTULO IV – MANIFESTAÇÕES DE PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR

1. O PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR

Seguindo o conceito de poder econômico aqui adotado, pode-se afirmar que o distribuidor tem poder econômico quando possui a capacidade de agir com independência em relação aos seus fornecedores e consumidores. O poder do distribuidor vem da sua força econômica e da sua importância na colocação de produtos à disposição dos consumidores.

Contudo, cumpre salientar, que mesmo os grandes distribuidores (como os hipermercados) não dominam de forma absoluta um mercado específico. Segundo Paula A. FORGIONI, citando Louis VOGEL, “*mesmo os grandes grupos retalhistas geralmente controlam apenas uma pequena parte dos mercados relevantes de cada um dos produtos distribuídos*. Em termos estritamente técnicos e considerando a disputa entremarcas, nenhuma das grandes redes adquire posição dominante”⁹⁸. Todavia, como visto anteriormente, a independência dos agentes econômicos não precisa ser absoluta para que haja poder econômico e, conseqüente, preocupação com seu abuso.

Como bem observa José Paulo Fernandes MARIANO PEGO,

com a concentração da economia, os conglomerados assumem papel de relevo e surgem empresas que actuam em vários mercados, aparecendo no mundo mercantil agentes com grande poder econômico, que não dominam *um* mercado, mas projetam o seu ascendente sobre clientes e/ou fornecedores, revelando-se capazes de perturbar o jogo concorrencial.⁹⁹

⁹⁸ Louis VOGEL, *Competition Law and buying power: the case for new approach in Europe*, *European Competition Law Review* 1:4, 1998, p. 4. *Apud* Paula A. FORGIONI, *O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise Jurídica*, cit., p. 266.

⁹⁹ José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, cit., p. 15.

Esse poder de mercado do distribuidor vem sendo identificado na Europa e nos Estados Unidos como *buyer power* (poder do comprador) e tem sido objeto de muita discussão em matéria antitruste. O *buyer power* é definido, em geral, como a habilidade dos grandes varejistas em obter termos mais favoráveis dos fornecedores do que aqueles conseguidos pelos demais (pequenos e médios varejistas) ou que seria esperado em condições normais de concorrência.¹⁰⁰ O poder do distribuidor pode ser exercido tanto nos preços como também nas condições dos contratos de distribuição e em outras práticas comerciais.

O outro lado da moeda é o poder econômico dos grandes varejistas exercido em relação aos consumidores, o que é denominado de *seller power* (poder do vendedor). Essa face do poder econômico do distribuidor está diretamente relacionada ao comprometimento do bem-estar do consumidor, na medida em que se exterioriza com o aumento dos preços no mercado a jusante. O poder de venda manifesta-se apenas em mercados sem muita ou qualquer competição. Isto porque, em mercados competitivos, a concorrência de preços para atração da clientela inibe a sua atuação.

Assim, o poder econômico do distribuidor manifesta-se em dois planos distintos: o das relações verticais, ou seja, em relação aos fornecedores e consumidores, e também no plano horizontal, quando atinge os demais distribuidores.

É preciso lembrar, no entanto, que o poder econômico *per se* não merece reprimenda. Assim, a simples existência de distribuidores com poder de mercado não é motivo de repressão pelo sistema antitruste. O que deve ser motivo de preocupação, entretanto, é o uso abusivo deste poder e os efeitos anticoncorrenciais de seu exercício. É isso que será analisado a seguir sob dois prismas distintos: a visão da teoria tradicional e a visão que prepondera atualmente.

¹⁰⁰ Essa definição é a mais usualmente encontrada. V. DOBSON Consulting, **Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union**, European Commission – DGIV Study Contract n. IV/98/ETD/078, 1999; Paul DOBSON, Michael WATERSON, Alex CHU, **The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**, Office of Fair Trading Research Paper 16, 1998.

4. TEORIA TRADICIONAL: A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DO PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR

Existe uma real preocupação de que o poder do distribuidor possa distorcer a concorrência entre fornecedores e entre varejistas, mas há em contrapartida uma série de benefícios ao consumidor atribuídos ao exercício desse poder.

Sob a ótica da eficiência, introduzida pela Escola de Chicago, o poder econômico do distribuidor, num ambiente de concorrência, pode ser muito benéfico aos consumidores e, portanto, muito bem visto pelas autoridades antitruste. Isto porque, a curto prazo, é possível identificar algumas condutas do distribuidor que se revestem em vantagens para os consumidores.

O próprio uso do poder em relação aos fornecedores para conseguir melhores preços e melhores condições de comercialização dos produtos reverte-se em prol dos consumidores, na medida em que os preços mais baixos serão repassados com o fim de atrair a clientela.¹⁰¹ Isso permite uma verdadeira guerra de preços entre os concorrentes, no qual o maior favorecido é o consumidor final. Além disso, a grande concorrência entre os grandes distribuidores seria fator que impediria a prática de preços excessivos, ou seja, inibiria o *seller power*.

Nessas condições, o poder do distribuidor é visto, inclusive, como forma de controlar o poder dos fornecedores numa aplicação da teoria de GALBRAITH do *countervailing power*. O poder dos distribuidores serviria para neutralizar o poder dos fornecedores, eliminando qualquer necessidade de preocupação e ação em matéria antitruste.¹⁰²

¹⁰¹ Nesse sentido: "Then, if buyer power could exist amongst retailers without those retailers having significant market power of their own, it is possible that buyer power could lead to lower wholesale prices which, as a result of effective retailer competition, would be passed on to consumers in lower final prices. Lower final prices would mean higher output and higher welfare." (DOBSON Consulting, **Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union**, cit., p. 4)

¹⁰² Como apontam Paul DOBSON, Michael WATERSON e Alex CHU, a teoria de GALBRAITH serve de argumento para a adoção de um "laissez faire stance". (**The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**, cit., p. 27)

Outro ponto positivo identificado no poder econômico do distribuidor é o crescimento da comercialização das marcas próprias (*private-label* ou *own-label*)¹⁰³, que são aqueles produtos, fabricados por empresas médias, que levam a marca do varejista. Isso significa benefício para o consumidor, pois são produtos vendidos a um preço baixo, que forçam os demais produtores a diminuir seus preços também. As marcas próprias podem significar, ainda, um aumento na concorrência em setores oligopolizados, ou seja, naqueles em que poucas empresas controlam o mercado.

Para os varejistas, as marcas próprias aumentam a lucratividade, principalmente nos produtos com margem de lucro baixa, além de reduzirem sua dependência dos poucos fornecedores que dominam o mercado. (...) Para o fornecedor, a marca própria do varejista pode significar maior ocupação de sua capacidade instalada, além de ser uma forma mais fácil de as empresas menores entrarem em mercados oligopolizados, sendo benéfica ainda para as indústrias que não possuem marca, as que não dispõem de distribuição e as que querem entrar no Brasil.¹⁰⁴

Diante desses resultados atraentes num momento de recessão e, conseqüente, contenção de despesas por parte do consumidor, não haveria, sob um prisma tradicional, motivo para preocupação, pois o mercado estaria gerando resultados eficientes.

3. UM NOVO ENFOQUE: OS IMPACTOS ANTICONCORRENCIAIS DO PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR

Contrapondo-se à visão tradicional, pondera-se que não é apenas a eficiência econômica que deve ser levada em consideração na questão do poder dos distribuidores. Outros fatores e implicações também devem ser trazidos para uma adequada reflexão.

¹⁰³ De acordo com reportagem veiculada recentemente pelo jornal Folha de São Paulo, nos últimos meses o crescimento das vendas de alguns produtos de marca própria chegou a 25%, caindo a participação das empresas líderes. Segundo a pesquisa, o número de itens de marca própria subiu de 800 no final de 2002 para 1100 atualmente. (Adriana MATTOS, Supermercado vende mais populares e marca própria, **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 jul. 2003, Caderno Dinheiro, p. B 3)

¹⁰⁴ Ângela Maria Medeiros M. SANTOS; Luiz Carlos Perez GIMENEZ, **Reestruturação do Comércio Varejista e de Supermercados**, BNDES Setorial, Rio de Janeiro, 1999, pp. 11-12.

Mesmo num mercado de ferrenha competição entre distribuidores, onde, portanto, inexistente o *seller power* (que se reveste no aumento de preços), os efeitos anticompetitivos do poder econômico dos distribuidores podem ter um importante impacto na natureza e na forma da concorrência e afetar desfavoravelmente o consumidor e o bem-estar social.¹⁰⁵

Esta preocupação tem sido externada, sobretudo, na Europa, onde a eficiência e a concorrência não são vistas como os únicos objetivos das leis antitruste. A grande preocupação da comissão européia, por exemplo, é com a concorrência a longo prazo e com a concorrência qualitativa.¹⁰⁶ A contenção do poder dos distribuidores e a preservação dos pequenos e médios varejistas significam, numa visão européia, a preservação da concorrência a longo prazo e do bem estar social.

A importância do pequeno varejo foi também destacada por estudo do BNDES, ao afirmar que

Não obstante a atuação, cada vez maior, das grandes empresas, é de se destacar a importância das pequenas empresas varejistas para o atendimento das necessidades de compras da população brasileira. Nesse contexto, destacam-se as mercearias, onde vendem gêneros alimentícios, as quitandas, que são pequenas mercearias, os mercados, que são lojas onde se vendem gêneros alimentícios e outras mercadorias (...)¹⁰⁷

Sob esse prisma, o exercício do poder do distribuidor pode representar uma distorção da concorrência a jusante, ou seja, no plano horizontal, pois, na medida em que este poder é desigual entre os competidores, ele pode implicar na exclusão do mercado desses distribuidores com menor poder, os pequenos e médios varejistas. Estes não possuem poder de barganha, o que os obriga a vender a preços mais altos,

¹⁰⁵ Paul DOBSON, Michael WATERSON, Alex CHU, **The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**, cit., p. 26. Texto original: “In most instances, where (downstream) selling power is not an issue, anti-competitive effects are not likely to be particular concern, but for some cases, an perhaps a growing number, the anti-competitive effects may have an important impact on the nature and form of competition and adversely affect consumer and societal welfare.”

¹⁰⁶ Pois, como afirma Paula A. FORGIONI, “Na Europa, onde também a competição é tida como instrumento, já se afirmou que a concorrência qualitativa é tão ou mais importante do que a mera competição de preços.” (**O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 269)

¹⁰⁷ Gerência Setorial de Comércio e Serviços, BNDES, **SUPERMERCADO NO BRASIL – O Movimento das Empresas Menores**, Informe Setorial n.24, dez./2000.

afastando a clientela e provocando a sua derrocada. Menor número de varejistas significa menor opção de compra para os consumidores e de escoamento para os produtores.

Além disso, o poder de compra (*buyer power*) dos distribuidores a partir do momento que exclui concorrentes, pode ocasionar situações de oligopólio (poucos concorrentes) ou até mesmo de monopólio (ausência de concorrência), o que possibilitaria a manifestação do poder de venda (*seller power*).

A exclusão de concorrentes, em razão da presença das grandes redes, já foi verificada no cenário econômico brasileiro, no caso de falências de tradicionais empresas como Casa Centro (utilidades domésticas), Casas Pernambucanas (tecidos) e Mesbla (loja de departamentos).¹⁰⁸

Outra situação em que o poder dos distribuidores pode constituir em barreiras à entrada de novos concorrentes, é a pressão das grandes empresas junto aos fabricantes para impedir que forneçam seus produtos aos varejistas menores.¹⁰⁹

Em relação aos fornecedores, ou seja, num plano vertical, o poder de barganha do distribuidor tem seus efeitos prejudiciais. É possível afirmar que mesmo aquele fornecedor que possui grande fatia do mercado pode não estar em posição de resistir às pressões do distribuidor. Isto porque, para o fornecedor o distribuidor pode significar uma parcela significativa de suas vendas, enquanto que para o varejista essa parcela significa apenas uma pequena parte do seu estoque.

Contrariando característica típica do contrato de distribuição, o poder de mercado dos grandes distribuidores, mesmo daqueles que não possuem posição dominante, em relação aos fornecedores implica numa situação de *dependência econômica*, em que o fornecedor acaba se sujeitando às exigências do distribuidor para não deixar de ter seus produtos vendidos nas grandes redes, as quais possuem o formato que mais atinge os consumidores finais. Cumpre ressaltar, segundo Paula A. FORGIONI, que como ocorre com o poder econômico, “a dependência econômica é

¹⁰⁸ Ângela Maria Medeiros M. SANTOS; Luiz Carlos Perez GIMENEZ, **Reestruturação do Comércio Varejista e de Supermercados**, cit., p. 04.

¹⁰⁹ Tal conduta excludente foi objeto de julgamento recente nos Estados Unidos pela *Federal Trade Commission* no caso Toy “R” Us. A Toy “R” Us, que será melhor analisado no próximo capítulo.

um *fato* não reprimido pelo direito. Novamente, é seu *abuso* que gera disfunções que não de ser diluídas.”¹¹⁰ Ressalta, ainda, que “para a lei antitruste brasileira, o abuso do estado de dependência somente será penalizado quando dele resultarem prejuízos competitivos.”¹¹¹

Nesse sentido, observa-se que a dependência econômica pode ocasionar a aceitação de certas condições que podem tornar muito estreita a margem de lucro dos fornecedores, inviabilizando muitas vezes a atividade ou exigindo uma redução nos investimentos em novos produtos, no desenvolvimento dos já existentes e na construção da marca. Essas práticas foram bem expostas pelo autor português José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, segundo o qual

Para abastecer as grandes superfícies, produtores e fabricantes têm de integrar o “círculo de fornecedores”, o que implica o pagamento de imediato de uma entrada. Posteriormente, os fornecedores são obrigados a responder gratuitamente às primeiras encomendas, a conceder brindes e *bonus* diversos, descontos promocionais e ofertas de produtos por ocasião de aniversários dos hipermercados ou abertura de novas lojas; constituem também práticas comuns a cedência dos seus próprios trabalhadores durante períodos de promoção, e a exigência de repositores pagos pelo fornecedor para manter os seus produtos nas prateleiras, colocar etiquetas e manobrar os produtos em armazém; *last but not least*, a grande distribuição beneficia preços mais baixos e prazos de pagamento dilatados, criando-se encargos adicionais de tesouraria aos fornecedores (...).¹¹²⁻¹¹³

¹¹⁰ Paula A. FORGIONI, **O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 278.

¹¹¹ Idem, *ibidem*, p. 299. A questão da dependência econômica ganhou destaque em alguns países europeus. A Alemanha seguida de França, Áustria, Portugal e Itália criaram figura jurídica própria: a coibição de abuso de dependência econômica. De acordo com José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, o abuso de dependência econômica (ou abuso de posição dominante relativa como também é chamado) diz respeito ao “problema da prevalência exercida em sentido ascendente ou descendente” (**A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência**, cit., p. 16). As razões para tal preocupação foram bem sintetizadas por Paula A. FORGIONI, que observa que “para os europeus, a proteção dos agentes contra o abuso é também uma forma de encontrar *eficiência*, mas uma *eficiência que leva ao estabelecimento de condições para a proteção de valores outros que não a mera competição sobre preços*. Talvez não se pretenda uma evolução como a norte-americana, em que os pequenos e médios distribuidores foram atropelados pelas grandes redes.” (**O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica**, cit., p. 283)

¹¹² José Paulo Fernandes MARIANO PEGO, **A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência**, cit., p. 117.

¹¹³ Paul DOBSON, Michael WATERSON, Alex CHU citam, ainda, os pagamentos exigidos dos fornecedores para que seus produtos sejam colocados em determinados expositores de venda, os chamados *slotting allowances*. (**The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**, cit., p. 22) Todas essas condições dificultam a entrada de novos fornecedores, como também inviabilizam a manutenção dos já existentes.

Como apontam Paul W. DOBSON, Michael WATERSON e Alex CHU, a viabilidade a longo prazo das empresas fabricantes pode ser afetada pelo exercício do poder de compra quando se está diante de comportamento oportunista dos distribuidores.¹¹⁴

Dessa forma, conclui-se que quando os efeitos da dependência econômica transcendem o plano contratual e individual, causando prejuízo à concorrência e ao mercado, autorizada está a ação das autoridades antitruste.

As tão aclamadas marcas próprias também são apontadas como prejudiciais à concorrência a longo prazo, na medida em que podem constituir verdadeiras barreiras à entrada de novas marcas e de novos varejistas, bem como de inovações tecnológicas. Isto porque, segundo Paul DOBSON, o aumento nas vendas dos produtos marca própria diminui o consumo de outras marcas tidas como secundárias, mas não menos importantes para a manutenção da concorrência.¹¹⁵ Além disso, diminuem o incentivo da marca líder para desenvolver pesquisas e desenvolvimento do produto e de novos produtos, na medida em que o distribuidor se utiliza de um *comportamento oportunista*, ou seja, cria produtos marca própria semelhantes ao da marca líder, aproveitando-se do investimento feito por esta (propaganda, informações ao consumidor etc.).¹¹⁶ Podem significar, ainda, barreira à entrada de novos varejistas, pois estes não terão como arcar com investimentos para ter seus produtos marca própria. Aumentam, portanto, o poder do grande varejista.

O poder dos distribuidores tem se manifestado, inclusive, em relação aos fornecedores dos produtos de marca própria, que são pequenos fabricantes sem muito poder de barganha. Esses fornecedores ficam a mercê dos varejistas, que determinam os preços das mercadorias sem acompanhar os reajustes dos preços dos insumos.

¹¹⁴ Paul DOBSON, Michael WATERSON, Alex CHU, **The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**, cit., p. 06.

¹¹⁵ Paul W. DOBSON, **The Economic Welfare Implications of Own Label Goods**, School Of Management and Finance, University of Nottingham, Nottingham, 1998, p. 03

¹¹⁶ De acordo com Paul DOBSON, “Whilst in the short term this is in consumers’ interests, as they gain the same level product development and marketing but pay a premium price for a shorter period, in the long term it can be detrimental... In support of this, a study reported in *Food and Beverage Marketing* (1989) suggested that own label products lead to a decline in manufacturer support for their brands, and eventual contraction in sales and profitability for the whole product category. (**The Economic Welfare Implications of Own Label Goods**, cit., pp. 26-27)

Segundo Paul DOBSON, “Retailers are able to exert considerable pressure on their manufactures to ensure that the products they receive are of the required quality and the cheapest possible price”¹¹⁷. O fornecedor, por outro lado, não tem escolha, ou aceita ou vê seus produtos serem cortados das listas de mercadorias, principalmente, se mantém contrato de exclusividade com o varejista.

Em relação à cláusula de exclusividade, afirma Paula A. FORGIONI que se trata de

(...) estipulação contratual mediante a qual o fornecedor obriga-se a vender seus produtos unicamente a um distribuidor. O fabricante fica impedido de *contratar a distribuição* com outro agente em certa(s) área(s) – ou mesmo em qualquer localidade (*exclusiva ou exclusividade de fornecimento, exclusive supply*). Mais uma vez, além do impacto anticompetitivo que a exclusividade poderá gerar, temos o problema da *dependência econômica* do fornecedor que é criada ao dispor de um único canal de escoamento de sua produção.¹¹⁸

O contrato de fornecimento exclusivo é, portanto, mais um motivo de preocupação, na medida em que pode constituir uma obstrução do mercado em relação à entrada ou permanência dos concorrentes.

Diante do exposto, percebe-se que o poder econômico alcançado pelas redes de distribuição, a despeito das vantagens trazidas a curto prazo, pode ser utilizado em detrimento de fornecedores, consumidores e demais concorrentes. O que significa dizer, em detrimento do mercado.

¹¹⁷ Paul W. DOBSON, *The Economic Welfare Implications of Own Label Goods*, cit., p. 29

¹¹⁸ Paula A. FORGIONI, *O Contrato de Distribuição: Função econômica e análise jurídica*, cit., p. 164.

CAPÍTULO V – ESTUDO DE CASOS: PREOCUPAÇÃO COM O PODER ECONÔMICO DO DISTRIBUIDOR

O presente capítulo tem o objetivo de demonstrar que longe de ser mera hipótese acadêmica, o estudo do poder econômico do distribuidor tem real importância no contexto da defesa da concorrência no Brasil e no mundo. Verificar-se-á, através da exposição de alguns casos, como as cortes norte-americana, européia e brasileira têm vivenciado o crescente poder de mercado dos distribuidores e seus efeitos na concorrência. Será possível identificar, ainda, como o modo de percepção da concorrência determina as decisões referentes ao tema.

1. EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA: CASO TEXACO V. HASBROUCK E CASO TOY “R” US

A experiência concorrencial norte-americana frente ao poder econômico do distribuidor remonta aos anos 30, quando o crescimento das redes de varejo e a pressão dos varejistas independentes levaram à edição, em 1936, do *Robinson-Patman Act*. Esta lei impede, em síntese, os grandes distribuidores de obter melhores descontos dos fornecedores em razão do seu tamanho e poder de barganha, além de impedir a prática de preços discriminatórios em relação aos consumidores.

O *Robinson-Patman Act* revestiu-se, portanto, de um protecionismo em relação aos pequenos distribuidores e aos fornecedores, o que gerou ferrenhas críticas por parte dos economistas, sob o argumento de que estaria protegendo formas ineficientes de distribuição e impondo relevantes custos à sociedade.¹¹⁹

Paul DOBSON, Michael WATERSON, Alex CHU, citando estudo realizado pela *American Bar Association*, apontam cinco grandes preocupações com relação às conseqüências do *Robinson-Patman Act*: contribui para rigidez dos preços; contribui para a formação de estruturas oligopolísticas de preços; desencoraja a entrada de

¹¹⁹ Paul DOBSON, Michael WATERSON, Alex CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, cit., p. 29.

empresas estabelecidas em outros setores, pois impede a utilização de preços diferenciados para penetração no mercado; induz a uma ineficiente diferenciação de produtos para permitir a diferenciação de preços; e, por fim, impõe uma sobrecarga de regulação, na medida em que os distribuidores têm que justificar os diferentes preços conseguidos de cada um dos fornecedores, encarecendo os custos.¹²⁰ O *Robinson-Patman Act* repudia o poder econômico do distribuidor *per se*, sendo visto, conseqüentemente, como uma verdadeira inibição à concorrência.

Tais preocupações acerca da referida lei repercutiram também na Suprema Corte norte-americana e na *Federal Trade Commission*¹²¹, que adotaram uma postura mais flexível. Segundo Donald S. CLARK, a Suprema Corte em muitas ocasiões manifestou-se contra interpretações extensivas das proibições do *Robinson-Patman Act*, que ajudariam a aumentar a uniformidade e a rigidez dos preços em claro conflito com os propósitos das outras leis antitruste. Da mesma forma, a *Federal Trade Commission* concluiu que a interpretação e aplicação da lei devem ser, sempre que possível, coerentes com a interpretação e aplicação das demais leis antitruste.¹²²

A visão da Suprema Corte sobre a questão é bem demonstrada no caso *Texaco v. Hasbrouck*, que versou sobre a possibilidade do fabricante conceder descontos diferenciados com base no papel desempenhado pelo distribuidor na cadeia de distribuição.

Em síntese: a Texaco vendia gasolina para os varejistas independentes (ou “postos de bandeira branca”) pelo seu preço de varejo, enquanto que para dois distribuidores em especial, Gull e Dompier, fornecia o produto com descontos substanciais. Gull revendia o combustível em seu próprio nome. Dompier pagava preço mais alto que Gull e revendia a gasolina aos varejistas com a marca da Texaco. Encorajado pela Texaco, Dompier entrou na venda a varejo do combustível. Assim, os dois distribuidores abasteciam seus postos de varejo diretamente na Texaco,

¹²⁰ Paul DOBSON, Michael WATERSON, Alex CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, cit., p. 29

¹²¹ A *Federal Trade Commission* ao lado do Departamento de Justiça são responsáveis pela aplicação das leis antitruste e pela promoção de ações de defesa da concorrência junto ao Judiciário.

¹²² Donald S. CLARK, *The Robinson-Patman Act: General Principles, Commission Proceedings, and Selected Issues*, Federal Trade Commission.

competindo com doze varejistas independentes. Dompier passou a receber, ainda, descontos adicionais, o que o levou a um crescimento extraordinário. Durante um período de nove anos, os postos de venda abastecidos pelos dois distribuidores aumentaram seu volume de vendas de forma espantosa, enquanto que os varejistas independentes sofreram o correspondente declínio.

Executivos da própria Texaco reconheceram que a disparidade entre os varejistas podia ser explicada quase que inteiramente pela magnitude dos descontos e das vantagens recebidas pelos distribuidores, Gull e Dompier. Tais descontos e vantagens foram justificados pela Texaco como resultado do desempenho apresentado pelos referidos distribuidores. No entanto, tal alegação foi afastada pela evidência de que os descontos não tinham relação com o custo de qualquer função realizada por Gull ou Dompier. Essa constatação levou a Texaco a ser condenada pela corte distrital e pela corte de apelações.

A Suprema Corte, por sua vez, reconheceu que houve dupla discriminação de preço por parte da Texaco, uma em relação aos varejistas independentes e outra em relação aos próprios distribuidores (Dompier e Gull). Sobre a discriminação de preços em relação aos varejistas independentes, a Corte concluiu que o fato dos distribuidores agirem como varejistas e os descontos de que se beneficiaram afetaram substancialmente a concorrência de todo o mercado relevante e prejudicaram os demais varejistas. Em relação aos distribuidores, a Corte decidiu que a diferença de preços relativa ao reconhecimento e reembolso de real atividade de marketing exercido por um distribuidor (Dompier) não viola o *Robinson-Patman Act*. Ficou consolidado, portanto, que a diferenciação de preços oriunda de descontos dados como forma de reembolso pelos serviços de marketing exercidos pelo distribuidor não é ilegal.

Nessa decisão da Suprema Corte, é possível identificar a flexibilização que está sendo dada à interpretação e à aplicação do *Robinson-Patman Act*. Pode-se afirmar, inclusive, uma relativização da *per se rule* em relação ao poder dos distribuidores, dando lugar, em alguns casos, a aplicação da *rule of reason*.

Outro caso recente, julgado pela *Federal Trade Commission*, diz respeito à alegada conduta excludente do maior distribuidor de brinquedos dos Estados Unidos e

do mundo, a rede Toy “R” Us. Segundo decisão da Comissão, a Toy “R” Us violou a Seção 1 do *Sherman Act* e a Seção 5 do *Federal Trade Commission Act* ao usar sua posição de maior varejista de brinquedos para organizar uma campanha a fim de conter a competição de preços. A rede teria utilizado seu poder de compra para realizar acordos verticais com fabricantes de brinquedos para que estes não mais vendessem aos distribuidores concorrentes (os chamados *warehouse club stores*) os mesmos brinquedos fornecidos à Toy “R” Us, o que restringiu significativamente a concorrência.

Após análise do mercado e do poder da Toy “R” Us, a *Federal Trade Commission* decidiu que os acordos eram ilegais mesmo sob uma análise completa pela regra da razão, ou seja, os efeitos anticompetitivos não se justificavam por qualquer argumento de eficiência.

De acordo com a OECD, a Comissão entendeu que cada acordo vertical realizado entre a Toy “R” Us e os fabricantes de brinquedos violou a Seção 1 do *Sherman Act* por várias razões. Destacou-se que a Toy “R” Us, em decorrência dos acordos, passou a desfrutar de 40% da venda de brinquedos nos Estados Unidos, o que impossibilitou aos concorrentes forçá-la a baixar os preços. Outro argumento sustentado pela Comissão é que, apesar de possuírem uma pequena parcela do mercado de brinquedos, as *warehouse club stores* têm relevância no processo competitivo. Concluiu a Comissão que

A policy that selectively eliminates effective competitors (or the ones most threatening to incumbent firms) harms the competitive process even though individual firms are the targets. In summary, the collection of separate vertical agreements had profound anti-competitive effect; the collection of parties entering into these separate agreements had substantial market power; and there was no plausible business justification or efficiency.¹²³

Depreende-se do caso, que os acordos foram julgados ilícitos porque não geraram resultados mais eficientes do que a efetiva competição. Nem mesmo a análise

¹²³ OECD - Organization for Economic Co-operation and Development, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Committee on Competition Law and Policy - DAF/CLP(99)21, **Buying Power of Multiproduct Retailers**, October 1998.

a partir da regra da razão, possibilitou que a conduta excludente da Toy "R" Us fosse aceita.

2. EXPERIÊNCIA EUROPÉIA: CASO KESKO/TUKO

A concentração no mercado varejista na Europa tem se intensificado significativamente nos últimos anos, aumentando o poder econômico dos distribuidores e, conseqüentemente, a preocupação com seus efeitos sobre a concorrência. Tal preocupação vem sendo externada com maior fervor pela doutrina a partir da década de 90, quando o problema ganhou maiores proporções.

Em 1997, a Comissão Européia publicou o Livro Verde sobre Restrições Verticais no Âmbito da Política Comunitária da Concorrência, no qual abordou a preocupação com o poder dos varejistas:

Os fabricantes dependem cada vez mais dos distribuidores e da venda a retalho de produtos alimentares para colocar os seus produtos à disposição dos consumidores. Uma vez que o espaço dos expositores de venda para novos produtos é limitado, surgem conflitos entre o crescente número de iniciativas de lançamento de novos produtos e o objectivo de optimização dos lucros por parte dos retalhistas. Este conflito levou a que os retalhistas solicitassem uma compensação pecuniária (comissão de vendas) ou regimes de desconto que excedem por vezes as possíveis reduções de custos dos fabricantes. Dada as pressões existentes a nível dos expositores de venda, os produtos que não se encontram em primeira ou segunda posição correm cada vez mais o risco de serem eliminados da lista de produtos vendidos, sendo substituídos pelas marcas próprias dos retalhistas. Em consequência, em vários segmentos de mercado, a posição do primeiro e segundo fornecedores tem sido, em muitas instâncias, "institucionalizada" o que dificulta cada vez mais o acesso ao mercado por parte de outros fornecedores. Alguns interlocutores eram da opinião de que as empresas que sobreviveriam a longo prazo consistiam basicamente em três tipos: os grandes fabricantes com uma vasta gama de produtos que investem na I&D e no novo lançamento de produtos que assumem um papel preponderante no mercado, os "produtores de marcas próprias" (isto é, fabricantes que produzem produtos para venda por retalhistas sob a sua marca respectiva) e operadores de nicho. Por outro lado, os fabricantes de segundo nível (ou seja, os fabricantes cujas marcas se situem nas terceira e quarta posições) encontram-se cada vez mais "enclausurados" entre os líderes de mercado e as marcas próprias dos grandes

retalhistas, não dispondo freqüentemente de outra opção senão a de transformarem-se em subcontratantes, produzindo sob a marca do retalhista.¹²⁴

Extrai-se daí a grande preocupação da Comissão Européia com o poder econômico dos grandes varejistas, principalmente, no que se refere às suas conseqüências em relação à entrada de novos competidores e à sobrevivência dos pequenos fabricantes e varejistas no mercado comunitário. Tal preocupação pode ser bem visualizada na decisão da Comissão que vetou a fusão de dois grandes varejistas finlandeses a rede Kesko e a rede Tuko.¹²⁵

Cumpra lembrar previamente que, diferentemente do sistema antitruste norte-americano, o sistema europeu decide as questões atinentes ao poder econômico do distribuidor a partir de uma análise caso a caso.

No caso Kesko/Tuko, a Comissão Européia foi chamada a se manifestar, pois a aquisição da Tuko pela Kesko afetaria o mercado comunitário, visto que teria efeitos de encerramento do mercado para novos competidores de outros Estados-membros e de limitação do comércio intracomunitário, na medida em que os fornecedores de outros Estados-membros teriam que passar pelos canais de distribuição da rede para garantirem a comercialização adequada de seus produtos na Finlândia.¹²⁶

Diante da operação de concentração,

A Comissão chegou à conclusão de que a concentração criaria ou reforçaria a posição dominante da Kesko no mercado retalhista finlandês dos produtos de consumo corrente, uma vez que a quota de mercado combinada da Kesko e da Tuko seria, pelo menos, de 55%, independentemente de ser avaliada a nível local, regional ou nacional. Esta posição seria ainda reforçada pela sua posição no que se refere aos grandes estabelecimentos retalhistas, ao controlo das instalações comerciais, aos regimes de fidelização dos clientes, aos produtos com marcas próprias, sistemas de distribuição e, não menos importante, pelo poder significativo dos seus órgãos centrais enquanto compradores de produtos de consumo corrente aos produtores (referidos na decisão de 20 de Novembro de 1996 como «mercados de abastecimento»). Para além, a Comissão chegou à conclusão de que a concentração

¹²⁴ UNIÃO EUROPÉIA, *Livro Verde sobre as restrições no âmbito da política comunitária da concorrência*, cit.

¹²⁵ Decisão da Comissão de 20 de Novembro de 1996 que declara a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum (Comissão Européia, Processo IV/M.784 - Kesko/Tuko, *Jornal oficial no. L 174 de 02/07/1997, pp. 0047 - 0050*. Tradução portuguesa).

¹²⁶ Comissão Européia, Processo IV/M.784, cit.

criaria ou reforçaria a posição dominante da Kesko no mercado finlandês das vendas a pronto, por grosso em supermercado de produtos de consumo corrente. A quota de mercado combinada seria de cerca de 80 % a nível nacional e situar-se-ia entre [50 e 100 %] em todas as regiões. Para além disso, esta posição seria reforçada pelo poder de aquisição da Kesko, tal como acima referido. Concluiu-se que, em ambos os mercados, a Kesko seria claramente o líder de mercado, com uma posição muito superior à dos outros operadores. Por último, a Comissão concluiu que as posições dominantes da Kesko, tal como acima descritas, não seriam contestadas por qualquer concorrência potencial e que, de facto, a operação aumentaria os obstáculos à entrada de forma a tornar extremamente improvável qualquer entrada no mercado na seqüência da operação. A Kesko não ofereceu, durante o processo que conduziu à adopção da decisão de 20 de Novembro de 1996, qualquer compromisso susceptível de eliminar as preocupações em matéria de concorrência identificada nessa decisão. É assim necessário eliminar a posição dominante criada pela aquisição da Tuko.¹²⁷

A partir desta fundamentação é possível identificar certos aspectos que são levados em consideração pelas autoridades europeias na análise do poder económico do distribuidor. São eles:

(1) Posição dominante em razão da dimensão dos estabelecimentos, pois os hipermercados assumem importância especial, na medida em que têm impacto num maior número de estabelecimentos do que aqueles com menor dimensão;

(2) Posição dominante em razão dos sistemas de fidelidade de clientes, através por exemplo de cartões de vantagens, que além de servirem como cartão de crédito, permitem a utilização das informações relativas aos hábitos de compra do consumidor;

(3) Existência de marcas próprias dos distribuidores, que constituem uma proporção importante das suas vendas e um poderoso instrumento contra os fornecedores;¹²⁸

(4) Aumento do poder de compra por parte do distribuidor, o que funciona como obstáculo a entrada de novos concorrentes e a exclusão dos já existentes;

¹²⁷ Fundamentação básica apresentada na Decisão da Comissão de 19 de Fevereiro de 1997 (n. 97/409/CE), que impõe medidas para restabelecer as condições de uma concorrência efetiva (Comissão Europeia, Processo IV/M.784, cit.).

¹²⁸ Conforme trecho da decisão: “Apesar de os retalhistas deverem provavelmente dispor de pelo menos uma grande marca em relação a cada grupo de produtos, os produtos com marca de distribuidor oferecem diversas vantagens à Kesko e à Tuko nas suas operações retalhistas. Uma destas vantagens consiste no facto de estes produtos não serem vendidos pelos outros retalhistas considerados como concorrentes. Apesar de os produtos com marca de distribuidor serem geralmente vendidos a preços mais baixos a nível retalhista do que os produtos de marca, as margens em relação a estes produtos podem ser muito mais elevadas quando comparadas com os produtos de marca vendidos pelos retalhistas concorrentes.” (Comissão Europeia, Processo IV/M.784, cit., p. 26)

(5) Dependência econômica do fornecedor, que precisa das grandes redes para manter as suas vendas.¹²⁹

Percebe-se, sobretudo, que o direito comunitário parte da identificação do mercado relevante para análise da posição dominante do distribuidor. No caso em questão, a Comissão considerou três mercados relevantes: o mercado varejista dos produtos de consumo corrente; o mercado das vendas *cash & carry*¹³⁰ dos produtos de consumo corrente e os mercados de abastecimento dos produtos de consumo corrente. Em cada um deles identificou, ainda, o mercado geográfico relevante.

A utilização deste critério, no entanto, tem sido combatida por alguns doutrinadores que consideram “que a delimitação do mercado relevante tem carácter subjetivo e aleatório”¹³¹, o que acarretaria em muitos casos um falseamento da realidade econômica.

De acordo com José Paulo Fernandes MARIANO PEGO,

As instituições comunitárias têm-se esforçado no sentido de usar critérios uniformes para delimitar o mercado relevante, mas tal desiderato parece não ter sido atingido. Recordemos, a propósito, a interrogação acerca do grau de permutabilidade exigível para que certos bens ou serviços integrem o mesmo mercado e notemos que o instrumento de análise a que habitualmente se recorre, a elasticidade cruzada da procura, não resolve, por si só, o problema – v.g., não indica os valores correspondentes à subida de preço e subseqüentemente aumento da quantidade procurada que tornariam dois produtos substituíveis. Mesmo no que respeita à dimensão geográfica do mercado, subsistem dúvidas sobre a “semelhança de condições de concorrência”.¹³²

¹²⁹ Em relação ao caso Kesko/Tuko, a Comissão entendeu que: “De qualquer modo, em relação a um grupo de produtos, a Kesko poderá normalmente passar de um fornecedor para outro, uma vez que existe quase sempre um produtor de grandes dimensões alternativo, com capacidade adequada para dar resposta a curto prazo a um aumento da procura. Os produtores, por outro lado, não dispõem de uma possibilidade similar de prescindir da Kesko na seqüência da concentração, uma vez que os concorrentes retalhistas da Kesko não têm capacidade suficiente (porque dispõem apenas de 40 % do mercado) e que a criação de capacidade retalhista adicional só pode ocorrer a médio ou mesmo a longo prazo.” (Processo IV/M.784 - Kesko/Tuko, *cit.*, p. 29)

¹³⁰ Os estabelecimentos *cash & carry* são aqueles em que os próprios clientes fazem o transporte da mercadoria e pagam por elas a vista. Esse sistema tem relevância para clientes que têm maior dificuldade em prever o consumo a longo prazo, não dispõem de instalações para manter grandes estoques e nem de recursos financeiros para realizar grandes volumes de compras a grosso, como é o caso de muitos hospitais, hotéis, restaurantes etc., que preferem adquirir quantidades menores com maior frequência.

¹³¹ Aldo FRIGNANI *Apud* José Paulo Fernandes MARIANO PREGO, **A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência**, *cit.*, p. 38.

¹³² Paulo Fernandes MARIANO PREGO, **A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência**. *cit.*, pp. 38-39.

O direito concorrencial comunitário, portanto, tem agido concretamente em defesa dos interesses da União Européia frente aos efeitos do poder econômico dos distribuidores. Contudo, a forma de análise econômica da questão ainda está em discussão pela melhor doutrina.

3. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: CASO PÃO DE AÇÚCAR/SÉ

O poder econômico dos grandes varejistas não tem sido objeto de preocupação específica por parte das autoridades encarregadas da defesa da concorrência no Brasil. Os resultados eficientes trazidos pelas grandes cadeias de distribuidores – como ofertas, marcas próprias e praticidade – têm ofuscado os efeitos do poder econômico dos distribuidores e, principalmente, seus possíveis impactos na concorrência a longo prazo.

Essa crença na eficiência do mercado varejista pode ser bem sentida em decisão do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) quanto à aquisição da empresa paranaense Mercadorama pelo grupo português Sonae. A operação foi aprovada, mesmo significando a concentração de 45% das lojas da região metropolitana de Curitiba nas mãos do grupo português. Acreditou-se, sem maiores preocupações, que a competição com outros canais do varejo, como padarias, açougues, farmácias e feiras, não levaria ao aumento de preços.¹³³

Contudo, as autoridades de defesa da concorrência começam a demonstrar uma maior preocupação diante da crescente concentração no setor de supermercados, que tem intensificado o poder econômico de um número cada vez menor de varejistas. Um indício dessa possível mudança de foco é a celebração do Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação entre o CADE e o grupo Pão de Açúcar, a requerimento da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda. O objetivo é garantir a reversibilidade da operação de compra da rede Sé

¹³³ Gerência Setorial de Comércio e Serviços, BNDES, **SUPERMERCADO NO BRASIL – O Movimento das Grandes Empresas**, cit., p. 03.

Supermercados (Grupo Jerônimo Martins) pelo grupo Pão de Açúcar até decisão do processo principal pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹³⁴.

A SEAE em análise preliminar constatou que as duas redes de supermercado poderiam, no espaço de tempo entre a apresentação e o julgamento do ato de concentração, praticar atos que viriam alterar a concorrência no setor em que atuam, prejudicando, conseqüentemente, o bem estar do consumidor nos mercados afetados pela operação. O mercado de produto relevante foi identificado como o de serviço de venda integrada, oferecido por supermercados e hipermercados.

Ademais, a SEAE destacou que o PÃO DE AÇÚCAR tem uma forte participação no estado de São Paulo, principalmente na Capital, exercendo posição líder no ranking da ABRAS (Associação Brasileira de Supermercados). Dessa forma, entende a SEAE, devido à sua **análise preliminar**, que a adquirente, ao acumular o *market share* detido pela JM (posicionada em quarto lugar no ranking citado) afetará o mercado paulista que até a operação envolvia quatro concorrentes, passando a contar, após o negócio, com apenas três. Conclui a Secretaria neste ponto que a presente fornece ao PÃO DE AÇÚCAR um considerável aumento na participação do mercado preliminarmente definido, garantindo-lhe capacidade de exercer poder unilateral de mercado.¹³⁵

Diante disso, optou-se pela realização do Acordo de Preservação com o fim “de dar maior segurança jurídica ao processo principal e preservar os Administrados de possíveis danos decorrentes de um processo cautelar”¹³⁶.

Entre os termos avençados, constam: a não desativação, total ou parcial, das lojas adquiridas; a não transferência de ativos relacionados à operação das lojas envolvidas; a preservação da bandeira “Sé” durante a vigência do Acordo; a manutenção dos postos de trabalho conforme a média do faturamento por funcionário das dez maiores empresas de supermercados do Brasil, divulgada pela ABRAS em

¹³⁴ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ambos pertencentes ao Ministério da Justiça.

¹³⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Despacho GAB/MTB n. 048/02, Conselheiro: Miguel Tebar BARRIONUEVO, 21 ago. 2002.

¹³⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Despacho GAB/MTB n. 048/02, Conselheiro: Miguel Tebar BARRIONUEVO, 21 ago. 2002.

2001; e a manutenção de, no mínimo, 1,6% do faturamento dos produtos da marca “Sé”.

A partir desse acordo, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência garantiu a reversibilidade da operação para efetuar uma análise econômica e mercadológica mais aprofundada da questão, com o fim de julgá-la de forma adequada aos fins do sistema concorrencial. Além disso, deu início a uma nova fase de reflexão do antitruste brasileiro, condizente com a nova realidade do mercado varejista.

CONCLUSÃO

A importância das cadeias de distribuição é algo evidente e indiscutível no mundo contemporâneo. Os grandes distribuidores ocupam os primeiros lugares no ranking das empresas mais bem sucedidas na Europa, nos Estados Unidos e também no Brasil. Isso demonstra a força econômica dos distribuidores decorrente, sobretudo, da relevância do sistema de distribuição para o escoamento da produção.

O poder de mercado dos distribuidores cresce, ainda mais, com o fenômeno de concentração de empresas no setor de distribuição que se tem evidenciado em todo o mundo. Verifica-se, portanto, uma nova realidade, em que os distribuidores possuem cada vez mais poder econômico.

Compreendido está, no entanto, que o fenômeno do poder é da essência da estrutura de mercado. Os agentes econômicos buscam o poder a todo instante, estruturam-se de forma a adquiri-lo. O poder econômico, portanto, faz parte da realidade, exercendo nela, inclusive, uma *função social*.

Entre nós, a concorrência é um instrumento para que se atinja a justiça social e a dignidade da pessoa humana. Isto porque, a atividade econômica (em sentido estrito) e, conseqüentemente, o poder econômico desempenham uma função não só de assegurar o desenvolvimento social, mas também de fazê-lo preservando o mercado e a concorrência, ou seja, a livre iniciativa e a livre concorrência. O direito da concorrência brasileiro apenas coíbe o uso abusivo do poder por um agente econômico, quando visar ou tiver a potencialidade de gerar efeitos prejudiciais no plano concorrencial, como a dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

Desta forma, o poder de mercado dos distribuidores só tem relevância em matéria antitruste, a partir do momento em que seus efeitos causem distorções no mercado, afetando a livre concorrência e a livre iniciativa.

Por algum tempo e sob o argumento da eficiência, acreditou-se que o poder econômico dos distribuidores traria apenas efeitos benéficos ao mercado, na medida em que produziria os resultados mais eficientes (preços baixos, estruturas mais

vantajosas, controle do poder dos fornecedores etc.). Contudo, sob a visão da concorrência como instrumento, na qual estão agregados outros valores, e não somente a eficiência, passou-se a analisar os efeitos do poder econômico do distribuidor a longo prazo sobre a concorrência. A concorrência passou a ser entendida de forma mais dinâmica e completa, e não mais apenas como mera competição de preços.

A partir desta perspectiva, a formação de estruturas concentradas de poder e a conduta dos distribuidores com poder no mercado passaram a ser vistas com maior cuidado pelas autoridades antitruste e como objeto de estudo e pesquisa por economistas e juristas, principalmente, na Europa. Constatou-se que o poder econômico do distribuidor atribuía-lhe poder de compra (*buyer power*) e que isso poderia causar prejuízos à concorrência em vários aspectos.

Nas relações verticais, o poder de compra pode constituir uma situação de dependência econômica do fornecedor em relação ao distribuidor. O abuso dessa dependência econômica, por sua vez, pode resultar na derrocada do fornecedor ou impedir a entrada de novos fornecedores. Funcionaria, portanto, como conduta excludente ou como barreira à entrada.

Nas relações horizontais, ou seja, em relação aos concorrentes, o poder de compra pode ocasionar a exclusão dos pequenos e médios varejistas que não conseguem competir com a força dos grandes distribuidores. Os pequenos e médios varejistas apesar de não serem os agentes mais eficientes do mercado, podem ser importantes num determinado contexto social e econômico.

O poder econômico do distribuidor tem a possibilidade de lhe proporcionar, ainda, poder de venda (*seller power*), o que pode ser ainda mais perigoso para o consumidor, visto que se reveste em aumento de preços. No entanto, essa face do poder só se manifesta em mercados pouco competitivos (oligopólios) ou sem competição (monopólios). Numa visão a longo prazo, as consequências anticoncorrenciais do poder de compra, poderiam levar a uma situação de oligopólio ou até de monopólio, o que permitiria a manifestação do poder de venda.

Diante da constatação desses possíveis efeitos anticoncorrenciais, cada sistema antitruste responde de uma forma.

O sistema antitruste norte-americano prima pela eficiência econômica. A concorrência para eles seria a forma de se atingir resultados eficientes. Extraiu-se dos casos trazidos, que questões relativas ao poder econômico dos distribuidores têm sido julgadas através da regra da razão, a fim de permitir uma análise mais completa dos efeitos das práticas, mas sempre com vistas à proteção do resultado mais eficiente, que pode ser a licitude dos atos anticoncorrenciais do poder econômico do distribuidor.

No cenário europeu, no qual a concorrência é instrumento para persecução dos fins da União Européia, a apreciação dos efeitos do poder econômico do distribuidor tem levado em consideração a contrariedade a esses fins. Como ficou evidenciado no caso Kesko/Tuko, a preocupação europeia está focada numa concorrência que permita o fortalecimento do mercado comunitário.

No Brasil, a questão é recente, tanto nas decisões das autoridades antitruste, quanto na doutrina. Até pouco tempo, ignorou-se que o poder de mercado dos distribuidores pudesse comprometer a concorrência a longo prazo, ou mesmo, conflitar com os demais princípios da ordem econômica. No entanto, as autoridades de defesa da concorrência parecem estar mais atentas à nova realidade de forças, como ocorreu no caso Pão de Açúcar/Sé.

Procurou-se demonstrar no presente trabalho que a concentração de poder econômico em mãos dos distribuidores pode significar resultados econômicos apreciáveis a curto prazo, mas também *pode* resultar em prejuízos à concorrência numa perspectiva futura.

Assim, a análise adequada dos efeitos do poder econômico do distribuidor na concorrência é imprescindível num sistema antitruste como o brasileiro, no qual o objetivo maior não é a mera eficiência econômica, mas sim a eficiência que corresponda aos objetivos constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e da *justiça social*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da Concorrência nas Comunidades Européias**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

BNDES - Gerência Setorial de Comércio e Serviços. **SUPERMERCADO NO BRASIL – O Movimento das Empresas Menores**. Informe Setorial n.24, dez./2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/setorial/get4is24.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2003.

_____. **SUPERMERCADO NO BRASIL – O Movimento das Grandes Empresas**. Informe Setorial n. 22, dez./2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/setorial/get4is22.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2003.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Ato de Concentração 83/96**. Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva. 18 jun. 1997.

_____. **Despacho GAB/MTB n. 048/02**. Conselheiro: Miguel Tebar Barrionuevo. 21 ago. 2002.

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

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CINTRA, Antonio Felix de Araujo; BERGER, Renato. Definição de Agência e Distribuição. **Gazeta Mercantil**. São Paulo, 20 mar. 2003.

CLARK, Donald S. **The Robinson-Patman Act: General Principles, Commission Proceedings, and Selected Issues**. Federal Trade Commission. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/other/patman.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista Forense** 253:7, 1976.

_____. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORRÊA, Oscar Dias. A Lei Antitruste em Face do Abuso do Poder Econômico – Parecer. **Revista dos Tribunais**, ano 5, n. 17, pp. 163-181, out.-dez./1996.

CUÉLLAR, Leila. **Abuso de Posição Dominante**. Curitiba, 1997. 153 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

DOBSON CONSULTING. **Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union**. European Commission – DGIV Study Contract n. IV/98/ETD/078, 1999. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/bpifrs/chap01.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2003.

DOBSON, Paul W. **The Economic Welfare Implications of Own Label Goods**. School Of Management and Finance, University of Nottingham, Nottingham, 1998.

_____; WATERSON, Michael; CHU, Alex. **The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power**. Office of Fair Trading Research Paper 16, 1998.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Processo n. 87-2048**. Texaco Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543 (1990). June 14, 1990.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato**. Torino: Giappichelli, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional. *In Arquivos do Ministério da Justiça* 45(180), pp. 175-185, jul./dez. 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FORGIONI, Paula A. **O Contrato de Distribuição – Função econômica e análise jurídica**. São Paulo, 2002. 428 f. Tese (Livre Docência) - Direito Comercial, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

FRANCESCHELLI, Remo. **Trattato di Diritto Industriale**. vol. 2, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do Poder**. 2.º ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Um Novo Código Civil (Será que é isso o que queremos?). **Gazeta do Povo**. Curitiba, 3 ago. 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____ e FORGIONI, Paula A.. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei n. 8.884, de 1994, e Lei n. 6729, de 1979 ('Lei Ferrari'). **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 6, n. 1, pp. 5-27, 1999.

MATTOS, Adriana. Supermercado vende mais populares e marca própria. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 9 jul. 2003, Caderno Dinheiro, p. B 3.

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

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Committee on Competition Law and Policy - DAF/CLP(99)21. **Buying Power of Multiproduct Retailers**. October 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/1/18/2379299.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2003.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas. **Revista dos Tribunais**, ano 67, vol. 513, pp. 41-62, jul./1978.

_____. O Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade (Concessão Comercial). **Revista de Direito Mercantil**, ano XI, n. 07, São Paulo, pp. 17-45, 1972.

SAAB, Wiliam George Lopes; GIMENEZ, Luiz Carlos Perez. **Aspectos Atuais de Alimentos no Mundo e no Brasil**. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 11, pp. 101-122, mar. 2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/set1106.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Concorrencial – As Estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

_____. **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Ângela Maria Medeiros M.; GIMENEZ, Luiz Carlos Perez. **Reestruturação do Comércio Varejista e de Supermercados**. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/set903.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2003

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 92, pp. 163-198, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 122, Ano XL (Nova Série), pp. 7-37, abr./jun. 2001.

UNIÃO EUROPÉIA. **Livro Verde sobre as restrições no âmbito da política comunitária da concorrência**. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/96721pt_pt.pdf>. Acesso em: 06 maio 2003.

_____. **Tratado que institui a União Européia**. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/EC_consol.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2003.

_____. Comissão Européia. **Processo IV/M.784 - Kesko/Tuko**. Jornal oficial no. L 174 de 02/07/1997, pp. 47-50.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.